This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

+ *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.

+ *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.

+ *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.

+ *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página `http://books.google.com`

REVISTA

DE

DERECHO Y JURISPRUDENCIA

AÑO IV Octubre de 1906—Octubre de 1907 NÚMS. 1 á

REVISTA

DE

DERECHO Y JURISPRUDENCIA

Fundadores y principales colaboradores.

Aldunate, Luis
Aldunate Solar, Carlos
Aldunate B., Santiago
Alfonso, Paulino
Alessandri, Arturo
Arlegui, Juan de Dios

Ballesteros, Manuel Ejidio
Barros Borgoño, Luis
Barros Méndez, Luis
Bordalí, Emiliano

Cabieses, Ricardo
Campillo, Cosme
Campo, Máximo del
Claro Solar, Carlos
Claro Solar, Luis
Claro Lastarria, Samuel
Coo, Ramón
Cruchaga, Miguel

Dávila Baeza, Juan M.
Dávila Larraín, Luis

Fabres, José Clemente
Fabres, José Francisco
Figueroa L., Javier

Gandarillas, José Antonio
Guerrero, Adolfo
Gutiérrez, José Ramón

Huneeus, Antonio
Hübner, Ernesto A.

Irarrázaval, José Miguel

Letelier, Valentín
Lira, Alejandro
Lira, José Antonio

Mac Iver, Enrique
Muñoz, Fidel

Noguera, Francisco

Pinto Izarra, Federico

Richard, Enrique
Rio, Raimundo de
Riso Patrón, Carlos V.
Rivera, Guillermo
Roldán, Alcibíades
Romero, Alberto

Santa Cruz, Vicente
Santa María, Ignacio
Sotomayor, Rafael
Subercaseaux P., Antonio

Tagle A., Juan Domingo
Toro, Gaspar

Urzúa Gana, Luis

Valdés, Miguel Luis
Valdés Riesco, Alejandro
Valdés Vergara, Ismael
Varas, Antonio
Varas, Miguel A.
Vergara, Luis Antonio
Vergara, Ramón Antonio
Valenzuela Carvallo, Aurelio

Váñez, Eliodoro

Directores:

ELIODORO VÁÑEZ
Abogado

LUIS CLARO SOLAR
Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile.

ALEJANDRO VALDÉS RIESCO
Ex-Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile.

ANTONIO HUNEEUS
Ex-Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad

SANTIAGO DE CHILE
IMPRENTA CERVANTES
CALLE DE LA BANDERA, 50

1907

DERECHO

DE LA NATURALEZA Y DE LOS EFECTOS DEL DERECHO EVENTUAL

POR M. R. DEMOGUE

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

Como lo hemos demostrado anteriormente (1), hay una serie de casos en que los diversos elementos de los actos jurídicos, en lugar de coexistir, se realizan sucesivamente: habrá en un momento dado consentimiento de las dos partes, más tarde se formará el objeto del acto jurídico, en otro momento se concluirá el contrato principal del cual podrá no ser más que un accesorio la convención anterior; en otro instante, estando el contrato concluido, una de las partes, que necesitaba una autorización para adherirse á él, en razón de su incapacidad, llegará á obtenerla.

Esta constatación general nos demuestra el abandono del sistema romano de la unidad de tiempo. Nos encontramos, salvo algunas excepciones, con el principio de la sucesión posible en los elementos del contrato (1). Es preciso ahora estudiar las consecuencias de este nuevo estado de derecho.

¿Habrá que decir que hay derecho eventual desde el día en que existen uno ó dos de estos elementos? No lo creemos. Hay que hacer una distinción entre los elementos del derecho: el artículo 1108 es una disposición engañadora: al darnos una lista de elementos esenciales para la validez de las convenciones, haría creer que todos tienen la misma importancia para el nacimiento de un derecho. Sin embargo, no es así.

En los elementos para la formación del derecho convencional, ó más exactamente del derecho nacido del acuerdo de voluntades (lo que comprende los contratos y el testamento, el cual en el fondo

(1) V. artículo: *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance.* (Revue, 1905, p. 723).

(1) V. Chausse, *De la rétroactivité dans les conditions.* (Revue critique, 1901, p. 530).

no es quizás sino un contrato entre un vivo y un muerto, siendo el testamento la oferta, y la aceptación del legado la adhesión á la oferta), uno solo es esencial; una voluntad. Aun una sola voluntad basta para que pueda nacer un derecho eventual, á condición de que la ley la considere como teniendo ya una cierta fuerza, una cierta estabilidad por sí misma, (como, en el testamento, la estipulación por otro á favor de una persona indeterminada). Cuando esta voluntad existe, hay inmediatamente un derecho eventual.

En cuanto á los demás elementos: objeto, contrato principal, si se trata de un contrato accesorio, no tienen por sí mismos ningún valor. Son ménos elementos necesarios para la existencia del derecho que para su ejecución. Si estos elementos del acto existen solos, no hay ningún derecho, es la nada jurídica. Por el hecho sólo de existir el objeto de un contrato, no hay sobre él un derecho eventual para nadie. Nos hallamos pues, frente á simples materiales del derecho.

Entre estas dos categorías extremas de elementos del derecho, hay una clase intermediaria: la capacidad de los contratantes, indispensable quizás menos para la existencia del derecho que para su validez. El derecho eventual podría en rigor nacer sin ella, desde que hubiera consentimiento, pues su rol es especial: no hará posible la ejecución material, asegurará simplemente al derecho su fuerza jurídica.

Salgamos del dominio de las convenciones. Examinemos los derechos nacidos de la ley: derechos nacidos de delitos ó cuasi-delitos, ó derechos de sucesión. Aquí se presenta una situación análoga á la anterior. En las convenciones hay un elemento capital (una voluntad) y otros de menor importancia. Aquí tenemos también elementos del derecho que son capitales: en casos de sucesión *ab-intestato*, será el hecho de que se tiene un derecho irrevocable; desde que se tiene esta calidad, se tiene un derecho eventual.

La misma distinción para una obligación delictuosa. El elemento culpable, ó el elemento de riesgo creado, es el elemento capital. Cuando él existe hay ya un derecho eventual. El daño no es sino un elemento para ponerlo en ejecución.

Esta distinción, es clasificación entre el valor relativo de los diversos elementos de un derecho considerados aisladamente, nos parece capital en nuestra materia. Ya hemos notado la distinción que existe entre el derecho eventual y el derecho condicional, y demostrado cuando un derecho nace con una ú otra de estas calidades.

Acabamos ahora de fijar la frontera que separa el derecho condicional de la simple esperanza, la cual no es nada jurídicamente, y de mostrar cuando, existiendo ciertos elementos de un derecho, hay ya derecho eventual ó únicamente una simple esperanza.

Lo que antecede nos coloca al mismo tiempo en el camino de las distinciones que hemos de encontrar entre los diversos derechos eventuales.

En realidad no hay una categoría de derechos completamente semejantes que se pueda calificar de eventuales. Los derechos que hemos calificado de tales son en efecto, de muchas clases, y los principales son los siguientes. Hay, por de pronto, ciertos derechos á los cuales lo que falta para llegar á ser derechos puros y simples es la voluntad de uno de los contratantes. Es el caso, por ejem-

plo, de una promesa de venta ó de arrendamiento.

Este contrato puede, en realidad, aproximarse mucho á un contrato condicional. Nos hallamos en presencia de una eventualidad muy semejante á una condición. Por de pronto, en el hecho, la promesa de contrato diferirá notablemente de una oferta que se haya prometido mantener por cierto plazo, en que. si se quiere utilizar la promesa, se la utilizará tal como es, sin exigir modificaciones. Si ha habido discusión, proposiciones y contra-proposiciones, será en el momento de la promesa de contrato. Antes de fijar sus términos, las partes los habrán pesado y discutido, la utilización de la promesa producirá su efecto á la manera de una condición: como un mazo que hará salir del molde el contrato ya formado según las intenciones de las partes, y no como una entrada en discusiones susceptibles de producir la aceptación de un contrato más ó menos alterado; pero todo esto pertenece al hecho, á la práctica, no al derecho; no insistamos.

Desde el punto de vista puramente jurídico, la parte que un día dado obtuvo una promesa de venta, ha prestado ya, puede decirse, su adhesión al contrato, sólo que el contrato está sometido á la condición de una segunda adhesión que podrá producirse en seguida. Y las dos cosas son diferentes: la voluntad de una persona en un momento dado, el de la promesa, no se confunde con la voluntad de esta misma persona en un momomento posterior. Pues el consentimiento que da vida á un contrato, no es sino la expresión jurídica de un estado psicológico especial de la persona, y no durando este estado psicológico más que un momento, la adhesión pres en seguida á la promesa de con aparece como algo exterior á esta convención: dicho de otra manera, como una condición.

Sin embargo, este carácter condicional que se quisiera dar así á la promesa de contrato tendría algo exagerado, pues el consentimiento y la adhesión al contrato emanan de la misma persona, hay un cierto lazo entre los estados psicológicos de un mismo individuo, lazo tanto más fuerte cuanto el carácter sea más consecuente, menos versátil, menos expuesto á cambios lentos ó súbitos. Hay pues, en la base del carácter de la promesa de contrato un problema psicológico que será solucionado de distinta manera según los casos; pero á pesar de todo, como hay siempre una cierta unidad en los estados de espíritu sucesivos de un mismo individuo, se puede decir hasta cierto punto que el consentimiento no hace falta del todo.

Y se va á llegar al punto de vista de la reglamentación jurídica que trate al derecho sometido á la eventualidad de un consentimiento de una manera no idéntica sin duda á un derecho condicional, pero de una manera análoga. Es natural, en efecto, que el derecho sea siempre el espejo fiel de las realidades, para que pueda responder á las necesidades prácticas.

Tendremos, por el contrario, un derecho más diferente del derecho condicional en los otros casos en que un consentimiento sea necesario á un acto jurídico. Por ejemplo, en caso de legado aun no aceptado ó en caso que una persona haya dispuesto á favor de otra que no existe todavía; así, cuando se hace por testamento una fundación á favor de un

establecimiento que todavía no ha sido creado, porque para que el legado produzca efecto, será necesario no sólo que exista el establecimiento, sino también que quiera aceptar el legado (1), y nada indica que lo ha de querer.

Hay todavía eventualidades de otra clase, las relativas á las autorizaciones que necesita una persona para ejecutar un acto determinado, ya se trate de un incapaz ó de un administrador de bienes ajenos; tenemos, como en algunos de los casos precedentes, una eventualidad netamente distinta de la condición, y tendremos también la eventualidad en toda su plenitud, pues será una eventualidad necesaria no sólo para la ejecución, sino aún para la validez misma del derecho.

Hay todavía eventualidades de otra especie: la eventualidad puede consistir en la existencia misma del objeto de la obligación, ó en la constitución de una obligación principal de la cual no es más que un accesorio la obligación eventual (caución, hipoteca por deuda futura). ¿Cuál es aquí la situación? ¿Habrá que decir que la obligación está todavía incompleta, que falta un elemento esencial, que se trata de un caso análogo á una condición? Nó. Nos hallamos en casos en que lo que domina en el hecho es menos la incertidumbre de que ocurra un acontecimiento, que la incertidumbre del tiempo en que habrá de ocurrir, en la medida de la obligación. Cuando vendo mi cosecha futura, cuento con que habrá de producirse; cuando cauciono una deuda futura, es porque su nacimiento me parece muy probable, que se trata de una deuda que será casi seguramente contratada.

No se tiene una certidumbre, se tiene sólo probabilidades muy grandes, pero como no se puede tener más en la vida, esto es de primera importancia.

Además, la eventualidad aparece menos como un acontecimiento que suspende la existencia misma de la obligación, que como un acontecimiento que suspende su ejecución. Lo veremos después, cuando examinemos las reglas prácticas.

Se trata aquí el derecho eventual como un derecho puro y simple, salvo que su ejecución sea actualmente imposible y que pueda no tener lugar nunca. Pero, excepto la ejecución principal que no se concibe, el derecho aparece como ya formado. Cuando constituyo una hipoteca para una deuda futura, se llega en suma á considerar aquí la hipoteca como actual, y que sólo está sometido á una eventualidad su ejercicio, en el sentido más estricto de la palabra. Y lo mismo sucede en el contrato que versa sobre una cosa futura. Es que, en efecto, mientras que no se puede concebir una obligación sin consentimiento, se comprende muy bien una obligación que nace sin objeto actual. La única cosa que no se comprende es la ejecución de una obligación que carece todavía de objeto.

Conviene considerar junto con este caso la hipótesis de los derechos sucesivos: derechos que nacen de un arrendamiento de cosas ó de un arrendamiento de servicios. El derecho del arrendatario al goce

(1) Observemos, sin embargo, que esto no puede aplicarse á las estipulaciones en favor de terceros determinados, ó las gestiones de negocios de personas no determinadas, las cuáles producen efecto en favor de estas personas desde que son conocidas; con facultad, sin embargo, para el beneficiario de la estipulación por otro de renunciar al beneficio. En estos dos casos la eventualidad sólo está en la falta de existencia. Desde que existe el beneficiario, el acto puede producir efecto.

del inmueble, el derecho del patrón al trabajo del obrero, es un derecho sucesivo. Pero puede hacérsele entrar en la categoría de los derechos eventuales, pues la obligación de proporcionar el goce futuro del inmueble, de proporcionar su actividad por un período determinado, depende de la existencia futura de esta actividad, de este goce del inmueble. La casa arrendada puede de aquí á entonces desplomarse, el obrero puede morir ó enfermarse. El derecho prometido es, pues, un derecho eventual. Y la prestación contraria, salario del obrero, canon del arrendamiento del inmueble, se encuentra sometida á la misma eventualidad. No hay, pues, como se podría creer, un simple derecho á plazo.

Pero, en casos de esta especie el carácter eventual de las obligaciones se refiere más bien á la ejecución de la obligación que á la obligación misma. Nada impide considerar esta obligación como actual, y afectada de una eventualidad sólo en cuanto á la ejecución. Es, por lo demás, lo que se hace en la práctica. Cuando el arrendador cae en insolvencia ¿ocurre decir que el goce se debe inmediatamente y nó en la época fijada? Nadie piensa en aplicar aquí el vencimiento del término, que no se concibe. Resulta, pues, que el acreedor no es un acreedor á plazo.

Lo mismo, cuando el patrón es declarado en quiebra y los obreros continúan trabajando después de la quiebra en virtud de su contrato anterior, no se piensa en decir que son acreedores en la masa por el período posterior á la quiebra, sino que se les considera como acreedores de la masa. Su derecho al salario ha nacido solo después de la quiebra p trabajo correspondiente á esta époc

Y así podemos explicarnos cómo, habiéndose extinguido la obligación del acreedor por la destrucción fortuita del inmueble arrendado, se extingue también la del arrendatario de pagar el precio. La obligación del arrendador nace poco á poco, y á su medida nace también la obligación de pagar el arriendo á que sirve de causa. No naciendo la una, tampoco puede nacer la otra.

Saquemos de todo esto una conclusión: que en los casos de derechos sucesivos, hallamos todavía derechos eventuales que se pueden asemejar en muchos puntos á derechos puros y simples ó á término; en todo caso su ejecución directa no puede tener lugar antes de la llegada de la eventualidad.

Hay todavía otros casos en que hay derechos eventuales, pero en que éstos aparecen tan débiles que no dan, por decirlo así, ninguna ventaja práctica á los que los poseen. Es lo que sucede cuando el derecho eventual es un derecho de sucesión. Una tradición constante, consideraciones de conveniencia, impiden en principio al heredero eventual hacer nada en lo concerniente á su derecho. Por lo demás, los artículos 791 y 1130, prohibiendo los pactos sobre sucesiones futuras, han previsto en esta materia los casos más importantes.

Dada esta gama en los derechos eventuales, ¿podremos estudiarlos todos simultáneamente? Creemos que es posible hacerlo, pero con ciertas breves reservas sobre algunos; es útil coordinar las re-

(1) Ver otra aplicación de estas ideas en caso de seguro contra incendios respecto á las primas vencidas después de la quiebra: Cas., 16 abr. 1904, D. 1905. 1. 105.

glas aplicables á materias tan diversas, indicando las excepciones requeridas por consideraciones especiales.

Las dificultades que deberemos examinar á este propósito son muy numerosas é importantes. Cuando un derecho eventual se convierte en puro y simple ¿desde qué época produce sus efectos? Cuando un derecho es eventual ¿se le puede enajenar? ¿Se puede proceder judicialmente contra el deudor eventual? ¿Puede ya inscribirse una hipoteca judicial? Y de una manera más general ¿pueden ejecutarse actos conservatorios? ¿Puede el acreedor eventual oponerse á una transformación del objeto prometido? ¿Puede usar de la acción oblícua y de la acción pauliana?

¿Tiene ya el acreedor eventual un derecho trasmisible por causa de muerte ó entre vivos? ¿Cómo se aplican á este derecho las diversas causas de extinción de las obligaciones, la renuncia, el pago, la compensación, la prescripción, la novación?

El examen de estas diversas cuestiones nos hará ver que, salvo importantes reservas, el derecho eventual tal como lo hemos definido, aquel cuyo elemento primordial existe ya, se asemeja frecuentemente al derecho condicional, porque puede ser necesario proteger á los que tienen derechos todavía inciertos.

De los contratos cuyo objeto es un derecho eventual

Hay que averiguar en primer término, cuando un acto jurídico llega á la existencia por una serie de etapas, á contar de qué momento va á haber en favor de uno de los participantes en el acto un derecho que podrá ser el objeto de otro contrato.

Esta cuestión puede ser fácilmente resuelta con las indicaciones que hemos hecho anteriormente. Hemos dicho que una cosa futura puede ser objeto de un contrato, con tal que esta cosa futura sea determinable. Si se puede así enajenar el derecho que podrá tenerse sobre una cosa que no existe todavía, con mayor razón puede enajenarse el derecho eventual que se tiene sobre un objeto cualquiera. El que es beneficiario de una promesa de venta puede desde luego enajenar el derecho que resulta para él de esta promesa. Lo mismo el que tiene un derecho que supone para su perfección una aprobación cualquiera, pueda ya enajenarlo. Y lo que decimos de la enajenación hay que decirlo de todo contrato: arrendamiento, caución, sociedad.

No hay más que una escepción á estos principios. Los derechos eventuales que se pueden tener en una sucesión no abierta no pueden enajenarse. El artículo 791 lo dice expresamente.

No hay para qué insistir más en este punto que no ofrece dificultades y sobre el cual hemos dado explicaciones suficientes hablando del objeto.

De la fecha en que produce sus efectos el derecho eventual

Cuando los elementos esenciales para la validez de un contrato no han co-existido desde el principio, sino que han venido á agregarse sucesivamente uno á otro, no hay duda que cuando todos se han reunido el contrato podrá producir sus efectos en el porvenir. Pero ¿los producirá sólo en el porvenir? ¿no los producirá también en el pasado? ¿Va á tener el acto jurídico un efecto retroactivo? Es esta la cuestión capital que se presenta. Tiene

tanta mayor importacia cuánto que se trata de algo muy próximo á la condición y que, una vez cumplida la condición, el acto á que se refería va á producir sus efectos desde el día de la convención y no desde el día de la realización de la condición.

Para examinar si esta proximidad nos conduce á asemejar el derecho condicional y el derecho eventual, veamos primero cuál es la base en que descansa la idea de la retroactividad de la condición.

La retroactividad de la condición es un principio del cual se han ocupado los comentadores del Código más para deducir las consecuencias, que para profundizar su razón de ser.

Los autores califican bien como ficción la retroactividad de la condición. Pero no es una explicación: es simplemente la constatación del hecho de que se halla en presencia de una regla en desacuerdo con la aplicación natural de los principios. Es una constatación que, desde el principio, estamos tentados á revocarla en duda. Las ficciones jurídicas son más y más rechazadas como tales. Se da cuenta poco á poco de que estas ficciones no son sino la expresión de una regla racional, cuya razón de ser y cuya explicación han escapado al principio. Las ficciones no son sino caminos desviados para llegar á un resultado, al cual se puede llegar más tarde directamente. Pero pasemos por el momento sobre este examen *á priori*.

Se encuentran en la doctrina dos justificaciones de la retroactividad.

Según ciertos autores, la retroactividad de la condición se justifica porque "la convención de las partes, aun cuando sea condicional, es perfecta desde el día en que tiene lugar". Por lo tanto, deben remontar *ex post facto* al día que la convención tiene lugar, una cumplida la condición, los derechos y las obligaciones de que esta misma convención es la causa. El contrato se ha formado en el momento mismo en que intervino, sólo que es condicional. Da inmediatamente nacimiento á derechos; sólo que ellos son condicionales, la llegada de la condición los confirma más bien que los hace nacer (1). Como lo ha indicado Unger, cuando hay acto condicional, no se quiere querer si el acontecimiento llega, se quiere haber querido. La condición es una simple posibilidad que disfraza el acto ya formado.

Se llega, pues, en suma á decir que los efectos del acto condicional se producen desde que este acto se ejecutó, pero sólo se producen virtualmente. Unicamente la llegada de la condición les permitirá producirse en realidad.

Si queremos juzgar esta manera de ver, vemos que nos hallamos frente á una construcción puramente técnica, en que la retroactividad no descansa en ninguna consideración práctica. Resulta simplemente de una concepción abstracta de la idea de contrato, que puede resumirse así: Un contrato no existe sino cuando sus elementos esenciales se hallan reunidos, pero á partir de este momento debe lógicamente empezar á producir sus consecuencias.

Antes de examinar el valor de esta concepción, notemos sus principales resultados. Desde el momento que se hace

---

(1) V. Demolombe, t. XXV, p. 361, núm. 377; Bufnoir, *De la condition*, p. 367; Capitant, *Introduction á l'étude du Droit* p. 285; Baudry Lacantinerie et Barde, *Obligations*, t. II, p. 36; Laurent, t. XVII, núm. 78; Larombière, t. II, art. 1179 núm 9.

descansar la retroactividad en un principio técnico, no hay razón para limitar su aplicación siempre que se trate de condición propiamente dicha. Hay que aplicar la retroactividad en todo su rigor. Y las soluciones de Laurent deducidas de las fórmulas legales son las más exactas. Hay que aplicar el efecto retroactivo de la condición á los actos de administración y de goce. El que adquiere una cosa bajo condición suspensiva no está obligado, después de la llegada de la condición, á respetar los actos de administración, los arriendos celebrados por el que enajenó bajo condición (1). Y no puede objetarse que la retroactividad no es más que una ficción, porque resulta del principio mismo que acabamos de exponer que se trata nó de una ficción, sino de una verdad jurídica. Sin embargo, dejemos constancia de que la mayoría de la doctrina rechaza las consecuencias que se acaban de indicar

Habrá que decidir también que los frutos percibidos deberán restituirse al adquirente bajo condición suspensiva. El que enajenó no tiene ningún título para conservarlos, no es un poseedor de buena fe en el sentido del artículo 549 del Código Civil. Tampoco puede sostenerse que el que enajenó tiene derecho á los frutos como compensación de los gastos que ha podido hacer, pues la retroactividad le da en sentido inverso el derecho de reclamar los gastos que ha hecho. Y sin embargo, también en esto la mayoría de la doctrina se aparta de la consecuencia lógica de los principios que ha sentado (1).

Hay que decir todavía que el artículo 1179 se aplica á todas las condiciones, aún potestativas. Hay que declarar que no se pueden oponer al adquirente bajo condición los fallos pronunciados respecto al enajenador. La misma teoría conduce al mismo tiempo á separar completamente el derecho eventual del derecho condicional. Si, en efecto, la retroactividad no es más que una consecuencia de la perfección del contrato, no sucede lo mismo cuando se trata de un derecho que resulta de un acto todavía imperfecto, de un acto al cual aún faltan condiciones esenciales.

Sería preciso, pues, aprobar sin reserva la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia que admiten que una promesa unilateral de venta no produciría sus efectos sino á contar del día en que el beneficiario de esta promesa ha declarado querer comprar. Hay que admitir, por consiguiente, que el comprador carece de derecho contra un tercero que hubiere adquirido del promitente el inmueble prometido, entre el momento de la promesa y el de la adhesión (2).

Sólo que es talvez difícil esplicar con este sistema la teoría no menos cierta se-

(1) V. Laurent, t. XVII, núm. 82; Huc, t. VII. núm. 257. *Contrà*, Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, p. 44; Aubry et Rau. t. IV, p. 72; Larombière, t. II, p. 500; Demolombe, t. XXV, núm. 499.

(1) V. para la no restitución de frutos, Demolombe t. XXV. núm. 401; Coment de Santerre, t. I, núm. 98 *bis* II; Baudry et Barde, op. cit., t. II, p. 45; Aubry et Rau, t. IV, p. 123. *Contrá*, Laurent, t. XVII, p. 84; Huc, t. VII, núm. 258; Marcadé, t. IV, p 468.

(2) V. Aubry et Rau, 4.º edic, t. IV, p. 334; Toullier, t. IV, p. 92; Troplong, t. I., p. 119; Laurent, t. XXIV, p. 16: Guillouard, *Vente*, t. I, núm. 84; Cas., 10 marzo 1886, S. 87. 1. 83. Nancy, 2 marzo 1889, S. 90. 2. 127; *Contrà*, Baudry et Saignat, *Vente*, p. 42; Coment de Santerre, t. VII, núm. 10 *bis*; Larombière, t. I. núm. 1138, p. 13; Huc, t. X, núm. 27.

gún la cual habiéndose constituido muchas hipotecas sobre los bienes futuros del deudor, los acreedores serán pagados, nó en concurrencia sobre esos bienes, sino según el orden en que se han practicado las inscripciones. En efecto, se llega en un cierto sentido á considerar al propietario como que tiene ya un cierto derecho sobre el bien futuro, aún antes de su adquisición.

Me adhiero por el momento á esta solución práctica, cuyo valor examinaremos más adelante. Es más importante, dada la idea de las consecuencias á que se llega con esta explicación del artículo 1179, ver ahora si es justa esta teoría.

Esta esplicación puramente técnica, sin lazo con la realidad, con las necesidades prácticas, es evidentemente muy débil.

Se dice que estando el contrato perfecto desde el principio, debe producir sus efectos en este momento. ¿Pero por qué? ¿No sería más natural decir que, á pesar de su perfección, no producirá sus efectos hasta más tarde? El contrato existe, pero paralizado por la espera de un acontecimiento que puede no llegar ¿no es más sencillo decir que sólo después de este acontecimiento podrá producir sus efectos el contrato? ¿No aparece la idea de retroactividad como algo alambicado que no aclara de ningún modo esta pretendida explicación? (1).

También puede considerarse esta justificación de la retroactividad como abandonada por los autores recientes.

(1) V. en este sentido, Huc, t. VII, p. 341 y Baudry et Barde, *Obligations*, t. II, p. 37, que hacen notar ambos que no hay ninguna relación necesaria entre la fecha de la perfección de un contrato y la en que conviene hacer nacer los derechos condicionales.

Hay otra que ha sido no menos utilizada por los comentadores. Se ha dicho que la retroactividad se explicaba por la común intención de las partes (1). M. Huc insiste algo en esta idea, diciendo que las partes han querido que la situación fuera desde el día de la convención la misma que si, habiendo podido prever el futuro, hubieran celebrado en ese momento una convención pura y simple. Hay que precisar todavía esta explicación. Se puede comprender la retroactividad de la condición como un principio que descansa únicamente en la voluntad de las partes.

La retroactividad existirá si los contratantes lo quieren y en la medida en que lo quieran. El artículo 1179 expresaría entonces una voluntad de las partes que sólo tendría valor cuando no hubiera una presunción contraria. Pero no parece que los autores hayan jamás entendido el artículo 1179 como una regla puramente interpretativa, lo que hubiera sido sin embargo por lo menos admisible. El artículo 1179 es considerado aún por los que hablan de intención presunta de las partes, como una regla imperativa. Y los autores que de ella han hablado no son los que con menos rigor han deducido consecuencias prácticas del artículo 1179. Esta disposición ha sido á menudo interpretada por ellos con una lógica un poco exagerada. Han admitido especialmente que la retroactividad alcanzaba á los actos de administración, que obligaba á la restitución de los frutos, que se aplicaba aún á las condiciones simplemente potestativas (2).

En todo caso, nos hallamos en un te-

(1) V. Laurent, t. XVII, núm. 78; Huc, t. VII, p. 340.

(2) V. Huc., t. VII, p. 340 y sigt

rreno limitado, con esta interpretación del artículo 1179 considerado como regla interpretativa, en armonía con la voluntad de las partes. El artículo 1179 sólo conviene á la condición, no á la simple eventualidad. El artículo 1179 aparece entonces como una regla especial á la condición que deja el campo abierto á todos los sistemas en lo concerniente á los efectos de los derechos eventuales. Se puede, en efecto, examinar con toda libertad si no conviene señalar al derecho eventual tal ó cual punto de partida para sus efectos. Se llega á preguntar si la retroactividad es una cosa de que las partes pueden disponer á su arbitrio, si una cláusula accesoria puede agregarla á voluntad de las partes á toda convención.

Antes de examinar este punto, notemos la manera defectuosa como se encuentra hasta aquí establecida la teoría de la retroactividad. Se la hace descansar en una presunción de voluntad, presunción que por lo demás no se precisa, y en seguida se deduce del artículo 1179 una regla neta, dura, que no se trata en absoluto de modelar á las necesidades prácticas. ¿Existen, pues, las reglas del derecho por sí mismas y para ellas mismas? ¿Deben hallarse por encima de las realidades de este mundo?

Hay en esto algo de poco satisfactorio. Los unos nos han hablado de una retroactividad que se desprende de la fecha de la perfección del contrato, los otros de una ficción, sin darnos su razón de ser; otros, en fin, de una intención presunta de las partes que no se precisa y de la cual parece en suma que poco se ocupan.

Esto explica porqué en ciertos autores (1) se nota un sentimiento de desconfianza respecto á la retroactividad de la condición. Se repite hoy que los códigos más recientes ya no la consagran, ó por lo menos sólo la consagran de una manera muy restringida. El Código federal suizo de las obligaciones y el Código civil alemán ¿deberán ser considerados como que señalan una etapa hácia la abolición de la retroactividad de las condiciones, ó bien habrá que sostener que la idea de retroactividad tiene un fundamento real, una cierta razón de ser que debe hacerla mantener en una cierta medida?

Hay una reacción segura desde el punto de vista legislativo contra el sistema de la retroactividad.

El artículo 171 del Código federal de las obligaciones dispone en efecto: "Ella (la convención), sólo produce sus efectos á partir desde el momento en que se cumple la condición, á menos que las partes hayan manifestado una intención contraria". Y el artículo 174 agrega, á propósito de la condición resolutoria: "En principio no tiene efecto retroactivo". El Código alemán es más complejo. Según el artículo 158, "cuando se ha ejecutado un acto jurídico bajo una condición suspensiva, la eficacia de este acto tal como ha sido subordinada á la condición se realiza al mismo tiempo que se realiza la condición". Y según el artículo 159, que se refiere á la condición resolutoria: "Cuando se ha ejecutado un acto jurídico bajo una condición resolutoria, la eficacia del acto cesa en el momento en que se realiza la condición. A partir de este momento, se restablece el estado de derecho anterior".

---

(1) V. Baudry et Barde,. *op. cit.*, p. 34 y sigt.

Pero los artículos siguientes entran por la vía de las concesiones. "Cuando según el contexto del acto jurídico, dice el artículo 159, las consecuencias que se derivan de la realización de la condición deben referirse á una época anterior, las partes interesadas estarán obligadas en caso de realizarse la condición á la prestación recíproca de lo que habrían tenido si estas consecuencias se hubieran realizado en la época anterior indicada." El artículo 161 establece una excepción aún más grave. "Si alguien ha dispuesto de un objeto bajo una condición suspensiva, todo otro acto posterior de disposición á que proceda relativamente al objeto, mientras está en suspenso la condición, es, en caso de realización de la condición, ineficaz, en la medida en que este acto anulara ó disminuyera los efectos jurídicos cuyo vigor depende de la condición. Se asemeja á un acto de disposición de esta naturaleza, el acto de disposición que, mientras está en suspenso la condición, interviniera bajo forma de ejecución forzada ó de procedimiento de embargo, ó por el hecho de un síndico de quiebra".

Sin duda estos artículos introducen muy graves excepciones, y se ha podido decir en cuanto á la retroactividad que en Alemania se tenía la cosa sin el nombre (1). En todo caso es innegable la oposición con el punto de vista clásico.

Por otra parte, M. Leloutre, en un trabajo muy original (2), ha condenado por completo la teoría de la retroactividad.

Nos hallaríamos en presencia de una desgraciada tradición que tiene su pt de partida en una interpretación e... nea, por lo menos discutible, del derecho romano. Sería más conforme á los principios generales del derecho, cuando un hecho ha sido erigido en condición por el autor de un acto, considerar que ha llegado á ser un elemento esencial de este acto, y decidir, en consecuencia, que los efectos no comenzarán á producirse sino en el momento en que se encuentren reunidos todos los elementos de contrato, la condición como los demás.

En cuanto á los inconvenientes prácticos del sistema de la retroactividad, ellos bastan para demostrar, se dice, que el sistema es condenable. El sistema de la retroactividad lleva á complicaciones desde el punto de vista de la administración, de los procesos, de las enajenaciones que pueden hacerse.

¿Habrá que plegarse á esta doctrina y condenar, desde el punto de vista legislativo, la retroactividad en los actos jurídicos?

No lo creemos. Sería erróneo considerar que, si la condición ha sido separada de los elementos esenciales del acto, es simplemente por tradición en recuerdo de una época en que la unidad de tiempo parecía imponerse en los actos jurídicos, y en que, para no violar esta regla, no se ha encontrado otro procedimiento que considerar la condición como un elemento facultativo, lo que ha permitido decidir que el contrato existía ya antes de su realización.

La retroactividad de la condición nos parece descansar, en una cierta medida por lo menos, en un fundamento muy serio. No puede bastar prácticamente que una persona, á consecuencia de un acto jurídico, sea legalmente titular de

(1) V. Trad. fr. impresa por orden del Gobierno, t. I. p. 195, nota.

(2) *De la retroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique* (tesis Caen, 190*).—Cf. *Revue*, 1905, p. 105.

un derecho personal. Es preciso que este derecho pueda alcanzar su plena expansión, es decir, llegar al fin práctico á que está destinado. Sólo se llega á ser acreedor para ser pagado.

Cuando adquiero un derecho de propiedad ó un derecho real cualquiera sobre una cosa, y este derecho está sometido á una condición suspensiva, tengo prácticamente el deseo de que esta cosa me pertenezca verdaderamente el día en que llegue la condición. No quiero que, si entretanto ha querido mi co-contrante vender la cosa pura y simplemente á otra persona, ésta me sea preferida y yo carezca de recurso contra mi vendedor por el acto de que se ha hecho culpable. En todo caso, que yo tenga ó nó esta intención, no es justo que me vea privado de la propiedad que había adquirido bajo condición. Así lo quiere la seguridad de las transacciones. Así es como se justifica en el hecho la doctrina de la retroactividad aplicada á los derechos reales. Está fundada menos en la intención de las partes, en una aplicación de la autonomía de la voluntad, que en la necesidad de seguridad en los negocios. Pero insistamos ahora más en la construcción jurídica de la retroactividad.

El pago, en sentido amplio, está principalmente asegurado por un derecho real que viene á agregarse al derecho personal creado por el acto jurídico, pues por este medio se obtiene un derecho de preferencia y un derecho de persecusión. Por esto es que los derechos personales se fortifican tan á menudo infundiéndoles un carácter de realidad por medio de una hipoteca En este caso basta que se dé el derecho de preferencia en una época conveniente para que obtenga normalmente una seguridad completa. Cuando el acto jurídico está destinado directamentente á dar un derecho real sobre una cosa, si es la venta ó la donación de un inmueble, el derecho de preferencia resulta directamente de la convención, puesto que, en nuestro derecho actual, en virtud del artículo 1138, el derecho real nace directamente de la obligación de crearlo.

Pero no hay que olvidar que toda promesa de derecho real no es más que la concesión de un derecho de preferencia y de un derecho de persecusión. Y la idea de preferencia tiene en sí algo de relativo: implica una lista de personas á que se es preferido, pero hay otras á las cuales se podría no serlo. Y todavía es una cuestión de fecha la que vá á resolverlo todo. Puede, en efecto, haber conflictos entre dos personas que han adquirido derechos de propiedad sobre la misma cosa como entre dos acreedores hipotecarios, y estos conflictos se resolverán, sino según las mismas reglas técnicas, por lo menos según los mismos principios.

El que adquiere un derecho de propiedad necesita, pues, como el que adquiere una hipoteca, un buen lugar. ¿Cómo se lo vá á asegurar?

Para él, como para el acreedor hipotecario, el todo está en hacer nacer su derecho en buena fecha. La ley debe pues permitir á los contratantes dar rango al derecho real que vá á constituirse desde el instante en que se celebra el contrato, y no sólo desde el momento en que el derecho ha llegado á ser puro y simple.

Para expresar la misma idea en otra forma, diremos que la retroactividad se justifica como una seguridad destinada á un empleo especial. Las hipotecas constituyen la seguridad destinada á fortifi-

car las promesas de sumas de dinero por la atribución de un rango sobre los bienes, rango que se fija por una cierta fecha. La retroactividad está destinada á fortificar una obligación de constituir ó de transferir un derecho real asignándole como fecha de nacimiento el contrato y no el acaecimiento de la condición.

Pero, ¿es verdaderamente necesario para llegar á este resultado decir que la obligación es retroactiva, lo que en suma parece ser una ficción? No lo creemos. Por de pronto, hemos dicho ya que las ficciones en general no son sino andamios provisorios creados por jurisconsultos que tenían el sentimiento de una solución justa y conforme á los intereses prácticos, cuando su técnica jurídica era demasiado imperfecta para llevarlos á este resultado.

Creemos que es inútil hablar de ficción, y que se puede llegar al resultado deseado por procedimientos lógicos. Trataremos de demostrarlo.

Cuando una persona enajena bajo condición, crea desde entonces un derecho real en provecho del adquirente; este derecho real nacido inmediatamente debe tener efecto desde el día de la realización de la condición, si llega. Sólo queda, pues, al enajenador una propiedad temporal, y además la probabilidad de conservar la propiedad indefinidamente, si la condición no llega. Si, pues, antes de la llegada de la condición, puede vender todavía su cosa, no hará adquirir sino lo que le queda de su derecho. Porque su derecho real, que es por su naturaleza perpetuo, está ya dividido en dos y sólo tiene una parte de él (1). Nuestro derecho, á diferencia del derecho romano, admite que la propiedad puede constituirse *ad tempus*. Con mayor razón se puede tener una propiedad que puede correr el riesgo de ser solo temporal.

Llegamos, pues, á distinguir completamente el momento en que el contratante adquiere un derecho á la cosa prometida y el momento en que este derecho vá á producir sus efectos. Llegamos á decir que desde entonces se tiene un derecho sobre la cosa, pero que las consecuencias prácticas de este derecho no se realizarán hasta más tarde. Sólo se tiene, en efecto, el derecho real para el tiempo posterior á la llegada de la condición. Pero, ¿no viene á chocar este concepto con los artículos 1168 y 1185 del Código Civil, sobre todo con este último, que opone la obligación cuya ejecución está retardada y aquella en que está suspendida; no parece suponer que el derecho no existe todavía, aún incierto? No lo creo: el artículo 1185 no indica que no exista todavía, dice simplemente que es incierto en su ejecución, y esto es evidente. ¿Pero es preciso entender que el derecho no existe todavía? No lo parece, pues el texto no nos obliga á ello, y sería imposible entonces explicar que se pudieran ejecutar actos conservatorios.

Si aplicamos este concepto de la retroactividad, llegamos á decir que lo que se califica así no debe ser aplicado más que en casos limitados para asegurar al propietario bajo condición el resultado práctico á que tendía. Por lo demás, es contrario á la intención de las partes querer aplicar la teoría de la retroactividad de una manera absoluta, pues el que contrata bajo condición, contrata en vista de una situación futura. Basta,

(1) Cf Chausse. *De la retroactivité des conditions*, *Revue critique*. 1900, p. 543.

pues, que el goce del medio de hacerle frente no comience para él sino más tarde.

Si compro una casa para el caso en que sea nombrado en tal ciudad, solo tengo necesidad de esta casa á partir del momento en que sea nombrado. Sería contrario á la intención de las partes tratar de colocarme, una vez realizada la condición, en la misma situación que si el contrato hubiera sido desde su origen puro y simple; no era éste el deseo de los contratantes.

Rechazaremos, pues, sin vacilar las restituciones de frutos al adquirente bajo condición. Admitiremos que los actos de administración hechos por el que enajenó son válidos, por lo menos durante el período anterior á la llegada de la condición, y aún que son válidos durante el tiempo posterior en virtud de un mandato tácito del adquirente, ó de una gestión de negocios de parte del enajenador. Admitiremos igualmente que puede haber mandato tácito del adquirente para encargar al enajenador que lo represente ante la justicia, si el proceso relativo al inmueble era ya conocido por el adquirente, quien sabía que se había entablado ó que se iba á entablar. El juicio debe reputarse fallado en este caso respecto al comprador, algo así como se resuelve en la práctica que un juicio fallado respecto á un propietario lo es también respecto á un acreedor á quien se ha hipotecado este inmueble.

Llegamos así á determinar el alcance de la "retroactividad de la condición", para servirnos de la expresión corriente. Pues ahora no podemos dudar de la legitimidad de esta expresión. Vemos que no hay en materia condicional ninguna retroactividad, como tampoco hay ficción. El que enajena bajo condición conserva para sí la propiedad hasta el advenimiento de la condición, y conserva también la propiedad para el tiempo posterior en caso que no se realice la condición. Pero, de su derecho perpetuo de propiedad que se extiende desde hoy hasta el infinito de los tiempos, divide una parte: la que se extiende después de la llegada de la condición, y la da desde ahora al adquirente. El análisis de los hechos es sencillo. Es en vano buscar una retroactividad. En vano se busca también una ficción. Nada más sencillo que el resultado á que llegamos y el procedimiento para llegar á él. Desde el momento que se admite esta división del derecho de propiedad en el sentido de la duración, no se encuentra ningún obstáculo. Y desde Justiniano se admite que se puede transferir la propiedad *ad tempus*. La jurisprudencia de la Corte de Casación ha admitido ya esta solución. (Cas. 1º abril 1884, S. 85. 1.85).

Debemos indicar ahora la solución de dos dificultades: primeramente, explicar cómo nuestra teoría puede concordar con el artículo 1179 del Código Civil, y en seguida cómo consideramos la famosa distinción de la jurisprudencia entre la sustitución y el doble legado condicional.

¿Es nuestra tésis incapaz de conciliarse con los textos vigentes? No lo creemos. El artículo 1179 proclama el principio de la retroactividad de la condición en términos muy ámplios. Pero, como todo texto, debe ser interpretado; hay que ver cuál puede ser su razón de ser, si es igualmente útil en la práctica seguir la letra en todos los casos. Por otra parte, desde hace tiempo la doctrina ha dado el ejemplo limitando el alcance de este artículo y adoptando soluciones

idénticas á las que hemos sostenido, ó, por lo menos, muy semejantes.

Acabamos, por otra parte, de chocar con la jurisprudencia que distingue la sustitución y el doble legado condicional. Llegamos, en efecto, á analizar el derecho condicional como se analiza el derecho de un sustituto. Parece así que confundimos el doble legado condicional que los tribunales declaran válido, y la sustitución, que la ley anula. Podríamos responder á esto atacando la distinción de la jurisprudencia; pero lo creemos absolutamente inútil. Nos basta, en efecto, constatar que hay entre el legado condicional y la sustitución una diferencia característica. En el doble legado condicional los dos legatarios están actualmente vivos; los derechos pueden desde el presente descansar en sus cabezas. Al contrario, en la sustitución si el gravado existe ya, el sustituto puede no existir, lo que aumenta la incertidumbre, lo que hace imposible tratar con éste, cuando esto pudiera ser útil. Se concibe, pues, muy bien una distinción entre estos dos casos no sólo en dererecho, sino en legislación.

Averiguemos ahora cual puede ser el contragolpe de estas ideas en materia de derechos eventuales.

Hemos tratado de esclarecer la teoría de la condición demostrando que la transferencia de propiedad se hacía de la manera siguiente. El que enajena bajo condición transfiere desde entonces su derecho de propiedad, pero su derecho, que es una facultad de goce y de *abusus* sobre el inmueble, no lo transfiere todo entero; se divide en dos partes y no transfiere más que la posesión de su derecho correspondiente á la época posterior al advenimiento de la condición.

¿No podría transportarse este sistema al caso en que se trate de promesa de contrato, de promesa de compra ó de venta, por ejemplo? Conviene examinar primero este caso, y veremos en seguida las otras hipótesis en que encontramos derechos eventuales.

La cuestión es importante. Es, en efecto, útil saber si, siendo una persona beneficiaria de una promesa de venta, puede ó no proceder contra el que adquirió el bien entre la fecha de la promesa de venta y la en que se realizó. La jurisprudencia ha tenido ya ocasión de pronunciarse varias veces sobre este caso.

Creemos por nuestra parte que debe adoptarse la solución favorable al beneficiario de la promesa. En efecto, puede suponerse verosímilmente el siguiente caso práctico. Una persona necesita, para crear un establecimiento cualquiera, una gran extensión de terreno. Busca sucesivamente diversos propietarios y obtiene de ellos promesas de ventas. Está expuesta á que, habiendo todos los diversos propietarios otorgado estas promesas, no pueda aprovecharlas, por haber vendido alguno de ellos, á pesar de sus promesas, á un nuevo comprador, quizás á un concurrente del primero que quiere estorbar sus empresas. Podría contestarse á esto que el que estipuló habría podido hacerse otorgar una venta bajo la condición: si puedo adquirir los inmuebles vecinos.

Pero no siempre será así: el hecho por que no se quiere hacer una compra firme puede ser lo suficientemente poco preciso para que no sea prácticamente cómodo vaciarlo en el molde de una condición. Así, yo quisiera poder agrandar mi fábrica si mis negocios prosperan, ó si necesito agregar á mi industria un trabajo

accesorio, ó si necesito reemplazar mi material por otro mayor. ¿Cómo será prácticamente posible hacer entrar ideas tan prácticas, pero al mismo tiempo tan múltiples en el cuadro rígido de una condición? ¿No hay en todo esto algo de subjetivo? Y la condición es por su naturaleza objetiva.

La seguridad en favor del beneficiario de una promesa de venta responde, pues, á una necesidad real.

Sin embargo, indiquemos el otro aspecto de la dificultad. Si se protege así al beneficiario, los terceros pueden ser lastimados. Pues la propiedad va á encontrarse en un estado de incertidumbre mientras el beneficiario no haya hecho conocer su voluntad. El propietario no podrá disponer de ella. Sé bien que la inscripción bastará para conocer el verdadero estado de la propiedad. Pero sólo revelará una incertidumbre. Será pues un inmueble que correrá el riesgo de ser mal explotado. Pero, después de todo, ¿qué concluir de esto desde el punto de vista legislativo, sino que no debería subentenderse una transferencia de la propiedad que se produzca desde el momento de la promesa? Pero no es esta una razón para negar á la promesa de venta lo que se llama ordinariamente un efecto retroactivo, efecto que todas las legislaciones acuerdan, por lo menos en una cierta medida, á la condición (1). Sería á lo más una razón para no subentender esta cláusula de retroactividad, que en suma la inspira la desconfianza en el promitente.

Desde el punto de vista del derecho positivo ¿no podríamos en grado alguno satisfacer el deseo que podría tener un contratante de protegerse contra la mala fé de su promitente? No se puede hablar de una inhabilidad convencional. No puede impedirse enajenar su propia cosa, aún por un tiempo limitado, en virtud de una obligación que pudiera oponerse á terceros.

Se llegaría á este resultado haciendo dar un viraje á toda la teoría de las obligaciones, y haciéndola descansar en la idea de obligación unilateral, en vez del concurso de voluntades. Hallándose el promitente obligado ya por la sola proposición de vender, entonces sería fácil decir que la aceptación de parte del que contrató para aprovecharse de la promesa de venta, que la expresión de voluntad de éste de tomar la cosa por el precio fijado, no son más que elementos accesorios, necesarios á lo más para hacer nacer la obligación de éste de pagar el precio. Entonces, habiendo nacido la obligación del vendedor desde el principio, es decir desde el instante en que hizo la promesa de vender, ha podido desde este momento abdicar su propiedad y hacerlo bajo una condición que respecto á él es puramente casual, puesto que depende de la voluntad de un tercero. Se podría así tener desde el instante en que se aceptó la promesa de venta, una transferencia de propiedad que tenga lugar del mismo modo que en caso de contrato condicional.

Pero la teoría de la obligación unilateral es muy discutida. Algunos la juzgan sin porvenir, y no tenemos nosotros que pronunciarnos para saber si ella no se halla forzosamente en la base de la teoría del contrato.

Averiguemos, pues, simplemente si,

---

(1) ¿No es esto lo que hace el mismo Código Civil alemán que prohibe al que enajena bajo condición disponer de su cosa?

admitiendo las teorías tradicionales sobre las fuentes de las obligaciones, hemos de llegar á consecuencias satisfactorias en la práctica y que aproximen la teoría de los derechos eventuales á la de los derechos condicionales.

¿Cómo admitir que una persona que ha prometido vender un inmueble no pueda perjudicar vendiéndolo al beneficiario de la promesa?

Podemos considerar primero el caso en que el promitente haya vendido á un tercero que estaba al corriente de la situación: á un tercero que conocía la promesa de venta anterior. Creemos en este caso mostrarnos respetuosos de la jurisprudencia más reciente afirmando que el tercero cómplice voluntario de la violación de una obligación debe una reparación al acreedor que ha lesionado (1). El tercero que compra en estas condiciones, que ayuda á cometer un acto desleal, comete él mismo un acto culpable que acarrea su responsabilidad. Las consecuencias de esta responsabilidad deben establecerse conforme al principio, que nos parece cierto, de que los jueces deben acordar la reparación de todo delito civil de la manera más adecuada, más apropiada para borrar todo daño. Por lo tanto, en este caso, la reparación más perfecta será seguramente obligar al tercero á restituir el inmueble que adquirió de mala fe. Creemos, pues, que por este medio se podrá hacer respetar casi siempre la promesa de venta violada en connivencia con un tercero de mala fe.

La teoría del delito civil satisfará los intereses prácticos más ó menos como lo hubiera hecho la retroactividad. Sólo no servirá en dos casos: en primer lugar si el tercero de mala fe hubiera revendido él mismo ó constituido un derecho real á otra persona que estuviera de buena fe. Este sub-adquirente no puede ser inquietado; no ha cometido ningún delito civil. El beneficiario de la promesa de venta estaría igualmente en peligro si el tercero de mala fe fuera insolvente: porque no veo sobre qué base podrían los tribunales acordarle la reparación con preferencia á los demás acreedores del tercero. Me parece que en este caso el espíritu, sino la letra del artículo 2093 nos obliga á tratar á todos los acreedores bajo un mismo pie de igualdad. Y un acreedor cuyo derecho á reparación ha sido regulado en esta forma por el tribunal, no me parece que pueda pretender tomar por sí solo el inmueble adquirido y dejar impagos á los demás.

La promesa de venta hecha pura y simplemente á un comprador que no se compromete á nada, ó la hecha á uno decidido á comprar por un propietario, pero para el caso de que quiera vender, pueden haber sido violadas en provecho de un comprador de buena fe. En semejante caso, ¿está éste al abrigo de toda acción de parte del contratante más antiguo que había figurado en la promesa de venta?

El que enajenó ha violado su promesa. Pero para que esta violación pudiera acarrear algo más que una condenación á daños y perjuicios, sería preciso que desde el día en que la promesa de venta se transforme en venta por la voluntad del contratante, la propiedad viniera á

---

(1) Cas. req., 8 nov. 1904, *Pand. fr.*. 1905, 1.17; *Revue*, 1905, p. 330—París, 24 nov. 1904, S. 1905, 2.284; Toulouse, 15 nov. 1904, D. 1905, 2. 394; *Revue*, 1906, p. 158. V. sin embargo, Req. 6 marzo 1905, *Gaz du Pal.* de 25 de marzo.

descansar sobre la cabeza del adquirente.

¿No es posible sostener aquí, como lo hemos hecho al tratar de la condición propiamente dicha, que el adquirente adquirió un derecho real desde la fecha de la promesa de venta, pero que no adquirió todo el derecho de propiedad del vendedor? El derecho de propiedad, que tiene una duración infinita, se encuentra dividido en dos partes. El vendedor conserva el derecho de propiedad por todo el tiempo que ha de correr hasta que la promesa pueda transformarse en venta.

Pero durante el tiempo correspondiente al plazo en que se puede utilizar la promesa, sólo tiene una propiedad subordinada á la condición del silencio de su comprador. Por otra parte, el comprador adquiere un derecho real, pero si lo adquiere desde ahora, sólo lo adquiere para el tiempo que ha de correr después de su adhesión á la promesa de venta. Su derecho real nació inmediatamente, adquiere fecha en seguida, lo que es capital, siendo de primer orden la cuestión de fecha tratándose de derechos reales. Pero el derecho real sólo comienza á correr desde un momento posterior. Por lo demás nada más comprensible. No nos hallamos hoy como en Roma en presencia de un estado de derecho en que no pueda transferirse la propiedad *ad tempus*. Admitimos que la propiedad puede dividirse en cuanto al tiempo durante el cual se ejerce.

Por otra parte hay ya un acuerdo de voluntades suficiente para que pueda servir de causa á una transferencia de derecho real.

Se llega, pues, con este sistema á afectar aún á los terceros de buena fe. Pero no es esto más chocante que afectar al adquirente de buena fe de un bien que había sido antes vendido bajo condición á otra persona. Además, la garantía de los terceros en un caso como en el otro reside en la publicidad. El tercero sólo será lesionado si antes se ha inscrito la promesa de venta, tratándose de un inmueble. Si se trata de un crédito, será preciso que se cumplan las medidas de publicidad de la cesión eventual previstas por el artículo 1690: notificación al deudor, aceptación del deudor cedido por acto auténtico. Por último, si se trata de un mueble corporal, el adquirente de buena fe sólo se verá amenazado cuando se pueda invocar contra él la posesión que en la especie es la publicidad especial requerida.

La solución que presentamos se halla sin duda en oposición con la admitida por la mayoría de la doctrina.

Los autores en general pretenden que, llegando á realizarse la promesa de venta, el beneficiario no tiene ningún derecho contra los terceros adquirentes del inmueble prometido (1).

Pero nos parece más natural no separar el derecho eventual del derecho condicional. En efecto, examinándolo bien, la promesa de venta no nos aparece como un contrato unilateral, como una simple promesa de querer, como se la entiende generalmente. La promesa de venta ha sido considerada á veces como una promesa de adhesión al contrato, cuando la otra parte quiera por su lado; se prometería su voluntad futura. Y si no se mantuviera la promesa, si la parte pro-

(1) V. Baudry Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, p. 4; Guillouard, t. I. núm. 84. Cas. 20 enero 1862, S. 62. 1. 705. *Contrà*, Huc., t. X, p. 47; Colmet de Santerre, t. VII, núm. 10 bis. V; Larombière, artículo 1138, núm. 3.

mitente no se adhiriera al contrato, el tribunal proclamaría entonces su adhesión, el fallo haría las veces de su firma al pie del contrato. Esta concepción me parece muy alambicada, y se le puede sustituir un análisis más fino y más exacto. Sin duda pueden los tribunales ordenar que se ejecute una obligación de hacer contra la voluntad del promitente, pero aquí ¿qué harían? Declararían que se reputa existir la voluntad del promitente de adherirse al contrato. Harían ejecutar una promesa de voluntad. Singular contrato en verdad. Además, se complica el derecho previendo junto á los contratos ordinarios contratos preparatorios como serían las promesas de contrato.

Se puede concebir las cosas de una manera más clara. Se puede decir que la promesa de venta es simplemente un contrato de venta. Las dos partes han consentido: el contrato mismo de venta está desde ahora concluido, pero depende todavía de un acontecimiento: éste hubiera podido ser la voluntad de un tercero; en vez de esto, es un nuevo acto de voluntad de parte de uno de los contratantes: nuevo acto de voluntad que será motivado por los acontecimientos que han podido producirse después del acto inicial. No nos hallamos en presencia de un contrato á medio construir, sino de un contrato sometido en cuanto á su perfección á elementos tan próximos á elementos esenciales que casi se ve tentado á confundirlos, que aún se debiera hacerlo si se olvidara que la voluntad de una persona no es más que una expresión cómoda para traducir la serie de sus estados psíquicos diversos, á veces opuestos.

Supongamos ahora que en vez de una promesa de venta se trate de un contrato que verse sobre un objeto futuro ó sobre la cosa de otro. Y examinemos primero esta segunda hipótesis porque vamos á encontrar en ella una cuestión ya resuelta por la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina.

Los bienes presentes y futuros de una persona se encuentran afectados por una hipoteca general: por ejemplo, una hipoteca judicial. Se ha practicado la única inscripción necesaria en semejante caso, y el acreedor se ha asegurado así un derecho de preferencia á la vez sobre todos los inmuebles presentes del deudor situados en el departamento, y sobre los que adquirirá después. El deudor hace una adquisición. Se encuentra afectada por la hipoteca sin necesidad de nueva inscripción. Esta hipoteca no puede perjudicar á los que han practicado ya una inscripción sobre el inmueble relativamente al anterior propietario, aún en una época posterior á la del pronunciamiento de la sentencia contra el propietario anterior.

Así, se ha inscrito una hipoteca judicial contra Primus el 1º de enero. Adquiere el 1º de julio de Secundus un bien que había sido afectado por una inscripción por un acreedor de Secundus el 15 de junio. Las hipotecas no dejarán por eso de reglarse en el orden siguiente: se pagará primero la del 15 de junio y después la del 1º de enero (1).

Pero supongamos, en vez de un solo acreedor hipotecario que se presente sobre los bienes futuros, es decir, sobre los bienes adquiridos después de la inscripción de su hipoteca, muchos acreedo-

(1) V. en este sentido Thezard, *Nantissement et hypothèques*, núm. 130.

res. ¿Cómo se clasificarán los unos con relación á los otros? Se admite generalmente que los acreedores no se pagarán en concurrencia, sino según el orden de sus inscripciones comenzando por las más antiguas (1).

¿Cómo pueden explicarse y conciliarse estas soluciones? Se concibe fácilmente que todos los acreedores hipotecarios del propietario anterior, primen sobre el bien posteriormente adquirido sobre el acreedor hipotecario sobre bienes futuros, pues el comprador, su constituyente, adquirió los bienes en el estado en que se hallaban: gravados con hipotecas ó servidumbres. El día en que entren en el patrimonio del adquirente, le afectarán las hipotecas sobre los bienes futuros de éste, pero no podrán alcanzar más que el derecho de propiedad ya disminuido que se adquirió. La solución es, pues, cierta. Pero resulta esto: que las hipotecas sobre bienes futuros no han afectado al inmueble adquirido más que en una sola fecha: la fecha de la adquisición.

Sin embargo, cuando hay muchas de estas hipotecas, se pagan según el orden de inscripción y no en concurrencia. ¿Cómo explicar este resultado?

Los autores nos hacen notar ante todo que nos hallamos en presencia de una tradición de nuestro antiguo derecho. Han buscado, además, en los mismos autores antiguos la justificación de esta solución. Se ha citado á Pothier, según el cual "la razón es que el deudor, al contratar con el primer acreedor bajo la hipoteca de sus bienes futuros, se ha privado de la facultad de hipotecarlos á otros en perjuicio de este primer acreedor. Por consiguiente, aunque estos acreedores adquieran el derecho de hipoteca en el mismo instante, el primero es sin embargo preferido al segundo, y el segundo al tercero, porque el deudor no ha podido otorgar hipoteca á este segundo acreedor, ni este segundo acreedor adquirirla, sino sobre lo que quedara después de cubierto el crédito del primero (1)".

Nada menos perentorio que esta demostración. ¿Depende de la voluntad del deudor prohibirse hipotecar en detrimento de un acreedor más antiguo? Si la argumentación de Pothier fuera verdadera, yo podría, contrayendo un préstamo bajo mi simple firma, prohibirme constituir más tarde una hipoteca que pueda perjudicar á un acreedor quirografario de hoy, ó aún prohibirme contraer en adelante cualquier préstamo. Y sobre todo ¿podría hacer que esta cláusula de mi contrato se impusiera á las personas con quienes tratara en adelante? Si se admitieran soluciones de esta clase, se consagraría una verdadera incapacidad convencional.

¿Debemos decir, como se ha hecho, que nos hallamos en presencia de un efecto retroactivo de la condición? (2). Se han constituido las hipotecas bajo la condición de que se harían adquisiciones y, realizándose la condición, produciría efecto retroactivo, á contar desde el día de la inscripción practicada. Pero hay un obstáculo para hablar de condición: se trata de un derecho eventual y no de un

(1) Aubry et Rau, 5.ª edit, t. III, p. 803: Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, t. II, p. 512; Colmet de Santerre, t. IX, núm. 101 *bis*-III; Thezard, *Hypothèques*, núm. 130.—Caen, 5 abr. 1856, S. 57. 2. 63.; Req. 6 nov. 1873, S. 74. 1. 81.

(1) Pothier, *De l'hypothèque*, núm. 55.

(2) V. Pont, *Hypothèques*, t. II, núm. 732.

derecho condicional, pues por el momento la cosa que se trata de hipotecar pertenece á otro. No es satisfactorio tampoco hablar de retroactividad, pues no se puede aplicar esta teoría en su lógica completa. No se puede decir que se reputa que la hipoteca ha existido sobre el bien desde el día de la inscripción. Basta en efecto recordar que el acreedor hipotecario está expuesto á que primen sobre él todos los acreedores hipotecarios del vendedor del inmueble, cualquiera que sea la fecha de su inscripción. Es lo que hemos explicado más arriba, y esta solución sería talvez rechazada si la hipoteca sobre bienes futuros produjera efecto desde el día de la inscripción.

Desechadas estas explicaciones, no podemos satisfacernos con la observación de que el legislador usando de su poder ha podido decidir que las hipotecas que vienen á gravar en el mismo momento el nuevo inmueble no concurrirían sin embargo entre ellos (1). Esto equivale á constatar la regla y á confesarse al mismo tiempo impotente para explicarla.

Busquemos, pues, por otro lado. Veamos primero si esta voluntad del legislador contenida, según se nos dice, en el artículo 2134, y que en todo caso se puede deducir sin dificultad de esta disposición, puesto que sienta el principio de que la hipoteca no adquiere rango sino desde el día de la inscripción, descansa sobre un concepto general, y si importa una explicación jurídica que aclarará la dificultad presente. Nos parece que hay que partir de nuevo de esta idea fundamental: que el derecho real importa un derecho de preferencia y un derecho de persecución; y cuando una persona se hace conceder un derecho real, entiende obtener una situación sólida, que comprende el máximum de seguridad que se le puede dar. Es de la naturaleza del derecho real conferir un derecho tan fuerte como lo pueda proporcionar la situación actual del deudor. No debe dar solamente un cierto derecho de preferencia, sino que debe conferir el derecho de ser preferido á todos los que no tengan derechos de la misma naturaleza que obligue á respetar la seguridad de las transacciones. Es preciso pues, en nuestro caso, que el acreedor que tiene hipoteca sobre los bienes futuros obtenga el pago sobre estos bienes preferentemente á todos los que tengan del mismo deudor una hipoteca sobre los bienes futuros.

La razón práctica de la regla tradicionalmente admitida es, pues, fácil de establecer.

Es preciso colocarla en el primer término de las explicaciones que hay que dar. Pero esto no bastaría. Es necesario todavía conocer su análisis jurídico (1). No deja de ser desconcertante, si se adhiere á las ideas recibidas. El acreedor con hipoteca general tiene un derecho de preferencia sobre los inmuebles que adquirirá su deudor respecto á los acreedores con hipoteca general que inscriban después de él. Es decir, tiene un derecho real; ¿sobre qué bien se ejercita, puesto que el bien que afecta no existe todavía en poder del deudor, y no podría afectarlo de antemano en poder de un tercero?

Los que comprenden todavía el derecho real de la manera tradicional, los

(1) V. Colmet de Santerre, t. IX, núm. 101-*bis* III, p. 207.

(1) V. sobre este punto, Colmet de Santerre, *loc. cit.*

que ven en él un derecho que versa directamente y sin intermediario sobre la cosa, no pueden explicarse el fenómeno que observamos, que M. Colmet de Santerre había ya hecho notar: este derecho real en el aire, este derecho real para el cual no se encuentra ninguna cosa en que pueda descansar.

Más recientemente M. Planiol (1) ha demostrado muy bien que el derecho real no debía analizarse como un derecho que versa directamente sobre la cosa, sino como un derecho de obligación pasiva que existe respecto de todos. Toda persona está obligada á abstenerse de todo acto que pudiera turbar la posesión pacífica del dueño del derecho real. Comprendido así el derecho real como un derecho personal, cuyo sujeto activo es único, y cuyos sujetos pasivos son en número ilimitado, este concepto nos va á conducir á consecuencias prácticas que nos parece que no ha indicado M. Planiol.

Si se analiza el derecho real como un derecho personal, nada nos impide decir que este derecho real puede versar sobre una cosa futura. En efecto, hay que aplicar aquí el gran principio de que las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación. Llegamos pues á reconocer que puede haber un derecho real sin ninguna cosa existente actualmente sobre la cual verse.

Desde que el espíritu se ha familiarizado con esta idea, se ve aclararse nuestro problema; desde que hay inscripción de hipoteca sobre bienes presentes y futuros, el derecho real existe á favor del acreedor; sólo que este derecho real no puede ahora producir todas sus consecuencias. Así como no puede ejecutarse actualmente una obligación sobre cosa futura, como no puede haber entrega de la cosa ó requerimiento para que se entregue sino desde el día en que esta cosa exista, lo mismo el derecho real sobre bienes futuros sólo puede producir por el momento consecuencias poco numerosas. De estas es el derecho de preferencia. El acreedor va, pues, á adquirir inmediatamente un orden de preferencia en el grupo de los acreedores de su deudor. Pero sólo en este grupo adquirirá derecho de preferencia. Lo sabemos, en efecto, y priman sobre él todos los acreedores hipotecarios de los propietarios anteriores del bien adquirido por su deudor, cualquiera que sea la fecha de inscripción de su hipoteca.

¿Cómo explicarlo? Se puede hacerlo sentando y justificando este principio: que el dueño del derecho real eventual sobre una cosa no puede perjudicar al dueño del derecho real actual sobre el mismo objeto. Esto es fácil: el dueño del derecho de propiedad eventual se encuentra comprendido en el público obligado á respetar el derecho del propietario actual y las enajenaciones parciales que hace de su derecho por constitución de servidumbres ó hipotecas. El propietario del derecho real eventual de hipoteca faltaría á su obligación, si pretendiera primar, á contar desde su inscripción, sobre todos los que adquirieran del propietario actual derechos reales sobre el inmueble (1). Su derecho real eventual no es, pues, como la palabra lo indica, más que un derecho real de valor limita-

(1) T. I, núm. 763, p. 298.

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 809, nota 2, dicen ya que «la hipoteca sobre bienes futuros confiere al acreedor un derecho eventual al cual se aplica la regla *prior tempore potior jure*».

do, una especie de sustituto que no puede impedir al propietario ejercer su función, que no entra en liza sino á falta de él y no contra él.

Todo esto lleva prácticamente á decir que el principio de igualdad entre los acreedores sentado por el artículo 2093, se halla reemplazado por el principio de que se debe satisfacer sucesivamente á los acreedores siguiendo un cierto orden, desde que las partes lo han querido, no sólo haciendo nacer desde luego un derecho real puro y simple, sino queriendo hacerlo nacer, creando un derecho real eventual.

Los principios utilizados por nosotros para resolver la cuestión de las hipotecas generales sobre bienes futuros nos van á servir ahora para resolver otras cuestiones más sencillas relativas á los bienes futuros y que hasta ahora han sido poco estudiadas.

Una persona, pensando comprar un bien, lo revende de antemano á un tercero, revelándole que el bien no le pertenece, pero que va á adquirirlo: la venta de cosa ajena en estas condiciones es válida. Si esta persona no es honrada y celebra el mismo contrato con dos compradores sucesivamente, ¿cuál será su situación si tiene lugar la adquisición? De los dos sub adquirentes, ¿cuál será el preferido? ¿ó deberá aún uno de ellos ser preferido al otro? Si se admitiera que el derecho real supone esencialmente una cosa sobre que ejercerse, como ninguno de los sub-adquirentes habría podido adquirir derecho preferente al otro, habría que decir que son propietarios indivisos, tal vez aún más lógicamente, que no han llegado á ser propietarios y que corresponde al tribunal buscar como pueda una solución satisfactoria.

Con la idea del derecho real eventual, todo se simplifica: excepto la cuestión de inscripción, que habrá que resolver según las reglas ordinarias, diremos que será preferido el sub-adquirente más antiguo: pues desde el momento de la subenajenación que se le ha hecho ha adquirido ya un derecho real que le permite ser preferido á todo sub-adquirente posterior. Lo mismo se admitiría que una persona que espera adquirir un inmueble pueda de antemano constituir sobre él servidumbres, las cuales podrán oponerse á sus causa-habientes, adquirentes posteriores del inmueble (1).

La misma solución debería darse en el caso de dos ventas sucesivas de una misma cosa futura. Un fabricante vende á dos personas diferentes todos los tejidos que va á fabricar con un lote determinado de hilos; y quizás obtiene de ambos pagos á cuenta. Fabricados los tejidos, se presentan los dos compradores á pedir su entrega. No hallándose todavía ninguno de ellos en posesión, no podría aplicarse el artículo 1141. En este conflicto, en virtud del derecho real eventual adquirido por el primer sub-adquirente, éste será preferido. El otro sólo podría servirse de su derecho real si se anulara la primera venta.

Seguiremos siempre el mismo camino para resolver las dificultades que se presentan á propósito de lo que se llama á veces muebles por anticipación (2).

A propósito de estos muebles por anticipación, hay que examinar el caso en que un propietario de bosques, por ejemplo, vende los árboles en pie á un primer comprador, y después ven-

(1) Cf. Demolombe, t. XII, p 190.

(2) V. *Des meubles par anticipation*, por Chaveau (*Rev. crit.*, 1893, p. 573).

de á un segundo los mismos árboles. ¿Cuál de estos dos adquirentes debe ser preferido, no estando ninguno en posesión? Se admite que de estos dos compradores será preferido el más antiguo, y se da como razón que los contratos celebrados no han conferido á los compradores un derecho puramente personal, sino un derecho real que versa sobre objetos considerados por anticipación como muebles. Admitimos esta solución favorable al comprador más antiguo, pero sin aceptar por esto la explicación. Si la ley ha establecido una distinción entre los muebles y los inmuebles, es necesariamente tomando por base la naturaleza actual de estas cosas. Y es esta naturaleza susceptible de ser constatada fácilmente por el primer venido lo que determina de una manera sencilla las reglas de derecho á que será sometido el objeto. ¿Cómo admitir que el objeto se encuentra sometido á otras reglas por la voluntad de las partes, porque éstas han considerado un mueble como inmueble ó viceversa? La cualidad de mueble ó inmueble me parece esencialmente una cualidad objetiva, y decir que un inmueble puede ser considerado de antemano como mueble por la voluntad de las partes, es decir que esta cualidad es subjetiva, que puede atribuirse arbitrariamente á una cosa por un contratante, y esto no es aceptable. Diremos en vez de esto que, si un propietario vende los árboles de sus bosques, vende muebles, pero muebles futuros; vende una cosa después de su transformación, como un carpintero que vende las piezas de madera que ha de sacar de los árboles que compra. Hay pues una venta de cosa futura. Aunque parezca aquí extraño este término de cosa futura, creemos que hay que emplearlo. El que compra los árboles cortados de un bosque en el momento en que están todavía en pie, nos parece que compra una cosa de esta clase, pues hay una transformación material y un cambio de destino en el hecho de cortar el árbol. De objeto de gusto, de medio de utilizar el suelo, el árbol se convierte en un objeto de uso industrial.

El árbol cortado reviste, pues, cualidades nuevas, suficientes para calificarlo de cosa futura. Se olvida que este término designa no sólo las cosas que han de nacer, como la cría de un ganado, los frutos de un árbol, sino aun las cosas transformadas, como los hilos cambiados en tegido, la madera cambiada en muebles.

Si hay que considerar los árboles cortados como una cosa futura, cuando están todavía en pie en el bosque, aun cuando por otra parte el comprador se encargara de cortarlos, podemos decir que el comprador adquiere sobre estas cosas futuras un derecho real eventual que le confiere inmediatamente un derecho de preferencia con relación á los adquirentes posteriores en fecha. Llegamos así por otro camino á la solución aceptada.

Pero la importancia de las ideas anteriores se manifiesta sobre todo examinando la hipótesis en que un propietario de bosque, depués de haber vendido los árboles en pie, vende en seguida el bosque mismo, terreno y árboles, á otra persona. La solución que daremos no va á ser simplemente la solución corriente motivada de otra manera; será una solución distinta de la aceptada por ciertos autores.

Parece que sólo una vez ha tenido que examinar la jurisprudencia el conflicto entre un aquirente de árboles y el adquirente del bosque, por pretender el uno

que se le pusiera en posesión de los árboles, y el otro del bosque comprendiendo los árboles. En semejante caso se hallaba fuera del litigio el derecho de los litigantes fundado en la posesión: si cada uno pedía precisamente que se le pusiera en posesión, carecía de aplicación el artículo 2279.

¿Cómo resolver entónces el conflicto? La Corte de Dijón (1), en una sentencia cuya solución aceptamos, aunque no las consideraciones, ha resuelto que debía ser preferido el adquirente del bosque, pues el comprador de árboles sólo tenía un derecho personal, mientras que su adversario tenía un derecho real que usaba sobre el todo. Los autores han criticado unánimemente esta solución (2): sostienen que habiendo adquirido el comprador de los árboles un derecho real sobre ellos, debía poder entrar en posesión con preferencia al comprador del bosque. Ha llegado á ser, se dice, propietario de los árboles considerados como muebles de un modo condicional: se llega á ser propietario á condición de que se haga el corte. Creemos que este argumento tendría un defecto: podría llevar á una solución desfavorable al adquirente de los árboles en un caso muy próximo: aquel en que el adquirente del bosque hubiera entrado en posesión. No podría decirse: usted pretende que los árboles se han convertido en muebles á condición de que sean cortados. ¿Qué me impide cortarlos yo mismo? Llegarán á ser muebles, pero al mismo tiempo, ¿no podría yo invocar el artículo 2279 por poseerlos y por haberlos adquirido de buena fe? Y aun admitiendo que no se tomara en cuenta esta buena fe, si ella es anterior á la modificación de los árboles ¿es por esto inatacable esta doctrina?

El adquirente de árboles se pretende propietario, porque dice que ha llegado á serlo según las reglas aplicables á los muebles. Estas reglas no pueden aplicarse sino á condición de que los árboles lleguen á ser muebles. Se pretende invocar desde ahora un modo de adquirir que no es válido sino á condición de que la cosa sufra una transformación que todavía no ha tenido lugar.

Otro autor que sostiene el mismo sistema parece todavía más embarazado para defender el derecho del adquirente de árboles.

Después de haber demostrado que son inaplicables diversos artículos del Código, cuando el comprador de los muebles por anticipación no está en posesión, dice, no hay más que un medio para solucionar el conflicto, que consiste en conceder la preferencia al adquirente de fecha más antigua. En efecto, cuando el vendedor se ha despojado de su derecho en favor de un primer comprador, no puede jurídicamente transferir á un segundo comprador lo que no le pertenece. Pero esta explicación no hace más que enmascarar la dificultad, pues se trata precisamente de saber si ha llegado adquirir la propiedad el primer comprador: si la voluntad de considerar una parte del inmueble como mueble permite aplicarle los modos de adquirir especiales á los muebles ¿No se va así en contra del artículo 521?

En cuanto á nosotros, rechazamos en absoluto estas soluciones, y proclamamos con la Corte de Dijón que el segundo adquirente debe ser preferido al primero. Por lo demás, esta solución es considerada como la mejor desde el punto de vista

(1) 28 marzo 1876,S, 77. 2. 193.

(2) Lyon-Caen, nota sobre Dijón citada; Chaveau, *op. cit.*

legislativo, aún por los partidarios de la opinión contraria. Es preciso que el adquirente del inmueble no sea engañado por la presencia de un comprador de árboles más antiguo que él, comprador que no conocía y que no podía legalmente conocer, pues éste no estaba obligado á practicar ninguna inscripción. Sin duda, el adquirente de los cortes va á ser despojado, pero puede estar advertido por la inscripción y sólo pagará á medida que se corten los árboles. En todo caso, es esto preferible á ver al comprador de los cortes, diez años, quince años, después, venir á llevarse lo que á menudo da al bosque su mayor valor.

Esta solución, deseable desde el punto de vista legislativo, nos parece también que es aceptable en derecho positivo. En efecto, el adquirente del corte ha adquirido una cosa futura: no ha podido tener sobre ella más que un derecho eventual, un derecho que sólo tendrá su completo desarrollo el día en que exista esta cosa futura; este derecho, suficiente para primar sobre otro adquirente del corte, no lo es para primar sobre el adquirente del bosque, que ha adquirido sobre todas las partes que lo componen un derecho de propiedad actual. Por el momento, pues, el adquirente del corte se verá despojado.

Es cierto que podrá pensar en tomar su revancha el día en que el propietario corte los árboles. Pero ese día éste será poseedor, y podrá invocar el artículo 2279, ya que ha adquirido de buena fe. (1). Con mayor razón el comprador de los árboles fracasaría contra otro que haya adquirido su derecho del comprador del bosque. Este podría todavía mucho mejor defenderse invocando su posesión de buena fe.

Tomemos ahora un caso en que el contrato es imperfecto en razón de la incapacidad de una de las partes. Supongo que un incapaz se ha entendido con un tercero para ejecutar un acto. Faltan ahora para que el contrato esté jurídicamente perfecto, las formalidades para habilitarlo. Se cumplen ellas en seguida. Hemos demostrado que esta manera de proceder consistente en autorizar el acto después que ha sido ejecutado era legal en ciertos casos. ¿Desde qué fecha produce sus efectos el contrato celebrado? El interés es el siguiente: que entretanto se puede ejecutar relativamente á la cosa enajenada un acto que producirá ó no efecto respecto al co-contratante del incapaz según que su fecha sea anterior ó posterior á la del primero. Se puede considerar el caso siguiente. Una mujer dotal por un acto del 1º de enero enajena ó permuta un inmueble dotal. Este acto sólo ha sido ratificado por el tribunal el 1º de abril. Entretanto, el 15 de febrero el marido ha arrendado el inmueble enajenado el 1º de de enero por el término de diez años, por ejemplo. El efecto de este arrendamiento no sería dudoso si el tribunal rehusara su aprobación; pero el tribunal la otorga. ¿Tendrá efecto el contrato desde el 1º de enero? En este caso el arrendamiento ha sido celebrado por quien no era ya propietario, y no se le puede oponer al adquirente. ¿Se le considera, por el contrario, anterior á la enajenación? El adquirente está entonces obligado á respetarlo.

(1) Y aún creo que fracasaría si el propietario del terreno cortara los árboles teniendo ya conocimiento de la venta, pues efectuándose este corte años después de la venta, las cosas creadas, los árboles cortados no son la misma cosa que los árboles prometidos; están más desarrollados, tienen más valor; ya no hay identidad entre los árboles tales como se les vendió y lo que son.

Se podría concebir la habilitación de un incapaz ó las formalidades impuestas para un acto grave á un administrador de bienes ajenos como simples condiciones que versan sobre hechos extrínsecos. El acto habría sido válido bajo la condición de que sea aprobado por tal ó cual autoridad.

Pero esta solución, por feliz que hubiera sido, no parece en armonía con el Código Civil. Este coloca en efecto (art. 1108) entre las condiciones esenciales para la validez de una convención la capacidad de contratar. Pero, podría decirse, el texto del artículo 1108 habla de condiciones esenciales para la validez y no para la existencia de las convenciones. Me parece más justo decir que el artículo 1108 se ha dictado sin relación ninguna con nuestra cuestión, que ha pasado desapercibida. Pero vamos á ver que se puede dar, sin chocar en nada con los textos, una solución que protege suficientemente al adquirente del inmueble.

Si se admitiera que el contrato no adquiere fecha sino desde el día de la última formalidad de habilitación ¿cuál sería la situación del adquirente? Debería respetar el arrendamiento. Sin embargo, ¿no tendría medios de hacerlo ineficaz? Si el tercero arrendatario está de mala fe, podría pensar en usar la acción pauliana. Y podría entablarse esta acción aún cuando se quisiera atacar un acto anterior á la adquisición. En efecto, la jurisprudencia ha admitido con razón (1), en estos casos excepcionales, que un acreedor pueda atacar un acto anterior á su crédito que había sido concertado contra él.

El arrendatario puede estar de buena fe: como se trata aquí de un acto á título oneroso, no es posible intentar contra él la acción del artículo 1167. El adquirente sólo podría pedir la nulidad de la venta por causa de dolo. Podría decir que ha habido maniobra fraudulenta, sin la cual él no habría contratado. Llegará pues á salir de la dificultad en que se encuentra, por haber comprado, creyéndola actualmente libre, una propiedad que estaba arrendada por muchos años.

Estas garantías pueden parecer suficientes, y en suma nada nos obliga á decidir que el contrato producirá sus efectos en otra fecha distinta de aquella en que se perfeccionó. Por lo demás, en el sistema contrario habría estado expuesto el arrendatario. Habría podido ser víctima: como no tiene derecho real, no habría podido prevalerse de la falta de inscripción. No habría tenido, pues, otra protección que el derecho de intervenir en la solicitud de autorización para enajenar si hubiera tenido conocimiento de ella, lo que será raro.

Pasemos ahora á los actos á que falta todavía en el momento de su ejecución alguno de los elementos esenciales para que produzca sus efectos, pero no un elemento común á todo acto. Supongamos que un acto necesita todavía un elemento esencial especial á su naturaleza. Por ejemplo, un testamento cuyo autor vive todavía. Este acto no puede por el momento producir ningún efecto actual.

No crea más que una expectativa, pues es un derecho siempre revocable y que sólo se convierte en actual después de la muerte del testador. El derecho eventual nace en el momento de la muerte y se convierte en puro y simple por la aceptación del legatario.

El derecho de todo legatario ó heredero cualquiera que sea su situación antes de la muerte del *de cujus*, es eventual des-

(1) Cas., 5 enero 1891, S-91. 1. 147.

pués de esta muerte hasta su aceptación. Entonces se convierte en puro y simple. En este caso, un artículo muy importante, el artículo 777 del Código Civil, da efecto retroactivo á la aceptación. Ella se remonta hasta el día de la apertura de la sucesión. Por una regla curiosa, no se la ha hecho remontar hasta el día en que el derecho eventual ha nacido á consecuencia de la formación de su elemento principal; por ejemplo, el otorgamiento del testamento; se ha quedado á medio camino: la retroactividad no va sino hasta la muerte. Hay en ello un efecto que se puede creer absoluto: que se aplica á la vez á la adquisición del derecho y á todos sus efectos, como actos de administración. Sin embargo, las disposiciones sobre las sucesiones vacantes, sobre las ventas sin atribución de cualidad y otros actos conservatorios, abren una ligera brecha.

Pero, se presenta una cuestión mucho más difícil á propósito de los contratos accesorios: es decir, á propósito de los que no pueden concebirse sin que exista ya otro contrato ú otra obligación. Así el contrato pecuniario de matrimonio, que no puede concebirse sin que haya matrimonio; la fianza, la prenda, la hipoteca, que suponen una obligación principal; la novación, que no puede tener lugar sin una obligación que novar.

¿Desde qué momento producen estos actos sus efectos?

La cuestión ha sido muy debatida á propósito del contrato de matrimonio entre la doctrina y la jurisprudencia. Las sentencias han resuelto que el matrimonio indispensable para que el contrato pueda producir sus efectos, desempeña el papel de una simple condición y que después de su celebración los efectos del contrato de matrimonio iban á tener retroactividad anterior á su fecha (V. Cas., 7 febrero 1872, D. 73. 1. 80 y Casdic. 1878, D. 79. 1. 441).

Por el contrario, la doctrina admite una solución opuesta. Se ha hecho notar que no podía haber condición cuando el hecho futuro é incierto de que depende la existencia del acto jurídico, no es un hecho libremente elejido por los contratantes, en cuya ausencia el acto se concebiría perfectamente, sino una condición necesaria. Este es el caso en la especie. No se concibe un contrato de matrimonio que produzca efectos sin matrimonio. El matrimonio es uno de los elementos esenciales del contrato de matrimonio. El contrato de matrimonio no tiene razón de ser sino á causa de la vida conyugal que se va á establecer. No debe comenzar á producir sus efectos sino desde el momento en que se celebra el matrimonio.

(Continuará)

DERECHO

LA TERCERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

I. El Programa.—II. Los Acuerdos. —III. Resultados

I

El programa de la Tercera Conferencia Internacional fué preparado por la Junta Directiva de la Oficina de las Repúblicas Americanas en Washington, formada por los representantes diplomáticos de dichas repúblicas, acreditados cerca del Gobierno de los Estados Unidos de América, y presidida por el Secretario de Estado de la misma nación.

El Consejo Directivo, en sesión ordinaria de 6 de diciembre de 1905, designó de su seno una comisión encargada de preparar el programa. El primer acuerdo de la Comisión fué rogar á cada uno de los miembros del Consejo Directivo que pidiera por telégrafo á su Gobierno la expresión de sus ideas acerca del programa. Las notas de contestación consignan una serie de cuestiones de interés general para el continente, muchas de las cuales, aunque no fueron incluidas en el programa, figurarán probablemente en el de las futuras conferencias.

En sesión ordinaria de 4 de abril de 1906 el Consejo Directivo aprobó el programa elaborado por la Comisión. Se suscitó entonces una discusión sobre el alcance del programa. Los Ministros del Perú, Bolivia, Colombia y Argentina, en vista de que no se habían incluido temas patrocinados por ellos, declararon que sus Gobiernos se reservaban la libertad de ampliar en la Conferencia las proposiciones del programa y de proponer asuntos no comprendidos en él. El Embajador de Méjico fué de parecer que si la conferencia de Río tenía el derecho de incorporar nuevas materias ó de apreciar otras con un criterio distinto, la redacción del programa había sido inútil. El Ministro de Chile expuso que la tradición diplomática señalaba perfectamente el alcance de los programas de las Conferencias Internacionales, los cuales una vez aceptados, se respetaban fiel y estrictamente. Mr. Root, adhiriéndose al parecer del Embajador de Méjico y del

Ministro de Chile, dijo al terminar la sesión: "Claro es que si la Conferencia se ha de celebrar y el programa que ha sido aprobado sin reservas ha de regir, el representante ó delegado de cualquiera de los países tiene la facultad de no aceptar la invitación á la Conferencia. Convengo en que cada uno tiene el derecho de hacerlo así si le place. Pero después de haber dado todos los pasos necesarios para preparar el programa, que ha sido redactado de buena fe por una comisión que vosotros mismos habeis elegido, creo que la Conferencia está obligada á aceptar dicho programa. Naturalmente, cualquiera de los Gobiernos puede dejar de asistir á última hora" (1).

El arbitraje fué propuesto para nueva discusión por los representantes del Perú y de la Argentina.

Las ideas sustentadas con relación al arbitraje fueron las siguientes:

Uruguay.—"Que el arbitraje figure en primer término en el programa".

Bolivia.—"Una declaración explícita sobre la conveniencia de someter á arbitraje las cuestiones que se susciten y existan entre las diversas Repúblicas americanas".

Estados Unidos de América. — "Un acuerdo afirmando la adhesión de las Repúblicas americanas al principio del arbitraje para el arreglo de las cuestiones que entre ellas puedan suscitarse, expresando la esperanza que abrigan las Repúblicas que toman parte en la Conferencia, de que la próxima conferencia, que se ha de reunir en La Haya, celebrará una Convención General de Arbitraje que puede ser aprobada y puesta en vigor por todos los países".

Panamá.—"Mi Gobierno vería con agrado que el tema del arbitraje figurara en el programa de la próxima Conferencia Pan-Americana".

Perú.—"El tema del arbitraje, sin restricción ni limitación, para que sea discutido con toda libertad en la Tercera Conferencia, como lo fué en la de Washington y Méjico."

"Entre todos estos temas el que más interesa á mi Gobierno es el relativo al arbitraje, porque de su aplicación en América depende la paz de las repúblicas que es la necesidad suprema, la condición indispensable de su bienestar y de su prosperidad; y tan es así que en todos los Congresos Americanos y en especial en los de Washington y Méjico se ha dado al estudio de la aplicación del arbitraje importancia capital. Sólo con la adopción del arbitraje podrá consolidarse el mutuo respeto, la concordia y la unión á que aspiran las repúblicas americanas, para poder dedicarse, al amparo de esos grandes bienes, á conseguir su estabilidad definitiva y su engrandecimiento. Mi Gobierno espera que el Programa de la Tercera Conferencia Internacional Pan-Americana confirmará los elevados propósitos de los Congresos de Washington y de Méjico y llevará á la resolución del Congreso de Rio Janeiro el tema del arbitraje que es el punto que más interesa la opinión pública de este Continente porque es la única base sólida sobre la cual podrán descansar todos los acuerdos y tratados que tengan por objeto estrechar las relaciones políticas y comerciales de las repúblicas americanas".

Argentina.—"Sobre todo, fiel á la tradición de su política exterior, verá con

---

(1) Acta de la sesión ordinaria de 4 de abril de 1906 celebrada por el Consejo Directivo de la Unión Internacional de las Repúblicas americanas.

gran satisfacción que el principio de arbitraje obligatorio sea incorporado al programa de la Tercera Conferencia, en la esperanza de que ésta le erigirá en la suprema regla del Derecho Público Americano. Con esto cree honrar también la digna tradición de los Congresos de Montevideo, Washington y Méjico.

"No se concibe que se procure establecer entre las naciones del Continente reglas comunes de Derecho Privado sobre todo órden de relaciones jurídicas y normas sobre determinados puntos de Derecho Público y se deje libradas á todo azar, las disputas que puedan originarse de la inteligencia y aplicación de esas reglas y normas y en general, la múltiple red de sus relaciones jurídico-políticas. Si no se ha mostrado empeño por los países de América en aprobar los Tratados y Convenciones de los Congresos anteriores, posiblemente se habrá debido a que, por faltar la garantía fundamental de éxito, no se habrá tenido fe en los resultados. Tampoco se concibe que un temperamento llamado á implantar entre las naciones el imperio de la justicia y el derecho y á destruir inquinas y á suprimir enemistades, puede tener la anómala virtud de suscitarlas; que lo que por su esencia debe unir, desuna. Si los países que firmaron el tratado de Arbitraje Obligatorio, no le han prestado la sanción de sus respectivos Congresos, será, sin duda, porque no han juzgado conducente un compromiso de esa naturaleza, sin el asentimiento unánime de todas las naciones de América. De que en éstas, el sentimiento general se halla preparado para propiciar el principio del arbitraje en su forma más avanzada, demuéstralo el hecho, bien elocuente, de hallarse parcialmente ligadas muchas de ellas entre sí y hasta con naciones de Europa por Tratados de Arbitraje Obligatorio".

Chile.-"De igual manera puede estimarse que quedaron eliminadas en Méjico las cuestiones referentes al arbitraje, que tanto nos habían dividido antes y á las cuales se dió allí dos soluciones que satisficieron las aspiraciones mas opuestas.

"Hubo en la Segunda Conferencia Pan-Americana acuerdo unánime para encomendar á los Gobiernos de Estados Unidos y de Méjico las gestiones necesarias para que todas nuestras repúblicas fueran admitidas al Tribunal de Paz de la Haya, y hoy todas ellas han sido invitadas á participar en el nuevo Congreso que se proyecta para extender los frutos de aquel concierto universal. En la ciudad de Méjico se pactó además, el 29 de enero de 1902, un tratado de Arbitraje Obligatorio, sin limitaciones ni restricciones, para las dificultades que se susciten ó que existan entre los estados signatarios. Firmado fuera de la Conferencia por representantes de nueve naciones, contiene aquel pacto una cláusula mediante la cual quedó abierta la puerta á posteriores adhesiones. ¿Qué necesidad aconsejaría entónces el provocar en la Tercera Conferencia discusiones enojosas que se evitaron en la Segunda mediante aquel sencillo procedimiento? De la misma manera que los partidarios del arbitraje sin restricciones reunieron las nueve primeras adhesiones, pueden buscar otras, sin necesidad de distraer el tiempo que la Conferencia de Río Janeiro podrá consagrar al estudio de materias en que los intereses sean más generales y las opiniones estén más concordes. Ello será tanto más ustificado cuanto que de las naciones cuyos representantes ya suscribieron el

mencionado Tratado de Arbitraje Obligatorio, no todas le han prestado su sanción constitucional, lo que parece manifestar que aún los Congresos y la opinión pública de algunos de los paises signatarios resisten una fórmula de arbitraje que todavía no se ha abierto camino en el mundo".

Ecuador.—"Se adhiere al programa de Chile".

Méjico.—"Cree, pues, mi Gobierno, que uno de los objetos primordiales de la próxima Conferencia es proclamar, una vez más, que el arbitraje es el mejor medio para dar solución á los conflictos internacionales.

"No quisiera Méjico, sin embargo, que se discutiera un nuevo proyecto de arbitraje obligatorio, que, cualesquiera que fueran sus preceptos, no pudiera merecer la aprobación unánime de todas las naciones de la América; porque confía en que mayores beneficios han de obtenerse de la sola eficacia de los principios, por todos sin discrepancia proclamados, y de la sumisión constante á arbitraje de todas aquellas cuestiones que es posible hoy dirimir por aquel medio, que de los intentos estériles por alcanzar fines que por nobles que sean y aunque signifiquen un avance en la esfera de los principios no están llamados á producir resultados prácticos". (1)

Conocidos son los velados fines políticos que perseguía el Perú al querer renovar la discusión sobre arbitraje.

En Méjico sostuvo el arbitraje con carácter obligatorio y retroactivo, con el intento de recuperar de Chile lo que por la suerte de las armas había perdido. La mayoría de los Estados americanos no accedió á los deseos del Perú y aceptando la fórmula de los Estados Unidos de América, que descartaba una nueva discusión sobre arbitraje obligatorio ó facultativo, dejó reducida la tarea de la Conferencia á manifestar el deseo de que en la Haya se celebre una Convención General de Arbitraje que llegue á ser aprobada y puesta en vigor por todos los países, deseo que emana de la adhesión de las Repúblicas americanas al principio del arbitraje para el arreglo de las cuestiones que entre ellas puedan suscitarse.

Argentina solicitó la inclusión en el programa de la doctrina Drago sobre cobro compulsivo de las deudas públicas; hizo presente que había sancionado por ley los tratados del Congreso de Montevideo, razón por la cual había dejado de dar su aprobación legislativa á las convenciones de igual índole suscritas en Méjico y Washington; pero que vería con placer la inclusión en el programa de toda proposición encaminada á asegurar la aceptación, por parte de todas las repúblicas americanas, de los principios de derecho privado y público aprobados en los Congresos de Montevideo, Washington y Méjico.

El Representante de Chile en Washington, don Joaquín Walker Martínez, indica en su memorándum sobre el programa los siguientes temas de interés general para la América, no tratados en las conferencias anteriores:

a) Modos de adquirir la nacionalidad y naturalización, y efectos internacionales de las mismas.

(1) «Estracto de las Ideas de los Distintos países de América con relación al programa de la Tercera conferencia Pan Americana de Rio de Janeiro» 1906. Por el Secretario de la Comision de Programe, señor Gonzalo de Quezada.

b) Reglamentación de la inmigración extranjera, especialmente en lo relativo á la condición internacional del inmigrante.

c. Irresponsabilidad de los Gobiernos por perjuicios provenientes de huelgas ó conmociones internas, salvo el caso de culpa de las autoridades constituidas calificadas por los Tribunales del país en que el daño haya tenido lugar.

d) Unidad de medidas legislativas tendentes á resguardar el orden social.

e) Determinación de las reglas de neutralidad que han de observar las repúblicas americanas en casos de guerra civil en algunas de ellas.

Mr. Root, en una nota á la Junta Directiva, en que hace la historia de los pasos dados por Estados Unidos de América para obtener la invitación de las repúblicas sud americanas á la Conferencia de la Haya, propone discutir en Río las instrucciones que convendría dar á los representantes americanos que concurrieran á dicha Conferencia, de modo que no hubiera divergencias entre los países del Continente, y tuvieran las opiniones sustentadas por éstos la fuerza que les prestaría su aceptación unánime por todo el Nuevo Mundo.

Especificó, con ese objeto los siguientes asuntos:

a) Instrucciones relativas á los deberes de los neutrales en tiempo de guerra;

b) Instrucciones relativas á la inmunidad de que la propiedad privada goza en el mar en tiempo de guerra;

c) Instrucciones relativas á las medidas tendentes á reducir las probabilidades de guerra.

En este último número, dice la nota, cabría la discusión de la doctrina sustentada por el doctor Drago, sobre cobro compulsivo de obligaciones contraídas entre una nación y un individuo, cuya aceptación por la Conferencia de la Haya, significaría un progreso importante en el sentido de hacer desaparecer una de las causas de la guerra.

Perú, Colombia y Bolivia demostraron mucho interés en que se discutiera en la Tercera Conferencia el problema de la libre navegación de los ríos, y que se estableciera por ella el principio de que los ribereños de los ríos que recorren varios países pueden navegarlo libremente hasta el mar, sin sujeción á otras trabas que las aconsejadas por razones de policía, ni otros gravámenes que los indispensables para atender el arreglo y mantenimiento de la vía fluvial. Aunque el tema no fué incluido en el programa, la Quinta Comisión de la Conferencia, encargada de fomentar las relaciones entre los países de América, discutió el asunto, considerándolo probablemente uno de esos medios y propuso la Conferencia que lo aceptó, el siguiente acuerdo:

"La Tercera Conferencia Internacional Americana resuelve:

ART. 5.° Recomendar que las mercancías en tránsito por las vías de comunicación de un país cualquiera sean libres de impuestos, debiendo pagar únicamente los servicios prestados por las instalaciones adecuadas de los puertos ó de los caminos recorridos, en la misma escala en que pagan dichos servicios las mercancías destinadas al consumo del país por cuyo suelo se verifica el tránsito".

Muchos temas de Derecho Internacional Privado no fueron incluidos en el programa, por considerarse probablemente más conveniente encomendar su estudio y resolución á una Conferencia especial, como la de Montevideo, que concretara á ellos sus trabajos. La creación de una Comisión de Jurisconsultos que prepare un proyecto de Código de Derecho Internacional, consultada en el programa, obedece á ese fin.

Las deliberaciones de la Conferencia debían mantenerse dentro del programa, salvo que por el voto de los dos tercios de las delegaciones se acordara tomar en consideración, algún nuevo asunto, que propuesto por una delegación fuera apoyado por otra. Así se evitaban sorpresas y se alejaba el peligro de que se promovieran discusiones, que pudieran apasionar los ánimos y perturbar la buena armonía necesaria para una labor fructífera. Las conferencias de Washington y Méjico habían puesto en evidencia este peligro.

Del programa dependían en parte principal los resultados de la Tercera Conferencia. No fué ésta invitada á pronunciarse sobre la cuestión de arbitraje ni sobre la doctrina Drago, á lo menos sobre su fondo. Y á la prudente eliminación de los asuntos que habrían provocado dificultades se debe en mucho el espíritu de cordialidad y buena armonía que reinó durante la Conferencia. No es objeto de éstas dirimir los conflictos existentes entre estados de América; no pueden las Conferencias arrogarse el conocimiento de dificultades cuyas solución es de la esclusiva incumbencia de los países interesados: la atmósfera de odios y recelos que producen los debates encaminados á arrancar de estas asambleas decisiones de hostilidad contra un país determinado, no favorece la obra de acercamiento y concordia que las conferencias están llamadas á realizar.

II

En el primer número del programa figura la *reorganización de la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas en Washington.*

En la primera conferencia acordaron los países que á ella concurrieron constituir una *Unión internacional de las repúblicas americanas para la pronta compilación y distribución de datos sobre el comercio,* cuyo fin es el de difundir ó generalizar el conocimiento de las condiciones económicas, sociales y políticas de los países de América.

Organo de esta Unión es la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas, establecida en Washington.

Esta Oficina tiene por objeto publicar informaciones sobre el comercio, los recursos, aranceles y reglamentos de aduana de los países de América, y suministrar datos sobre el comercio, y navegación de cualesquiera de estos países á las personas que lo soliciten.

Como centro de informaciones la Oficina ha prestado importantes servicios. Publica en inglés, francés, castellano y portugués un boletín mensual cuya colección llena veintidós volúmenes y que circula en una edición de doce mil ejemplares por la América latina y los Estados Unidos.

La Oficina ha publicado mapas de Bolivia, Costa Rica, Guatemala, Méjico, Nicaragua y Brasil, y tiene otros en preparación. Estos mapas motivaron en la conferencia de Río una observación de

uno de los delegados del Perú. Existiendo entre muchas repúblicas americanas cuestiones de límites, el trazado de las fronteras en los mapas de la Oficina podría llegar á citarse como antecedente en el litigio, dado el carácter semi-oficial de las publicaciones. El artículo 12, inciso 2º de la resolución que reorganiza la Oficina dispone: "Toda carta jeográfica que publique la Oficina, llevará constancia de que no constituye documento aprobado por el Gobierno del país á que se refiere, ni por los gobiernos de los países cuyos límites aparezcan en la misma carta, á no ser que aquél y éstos hayan manifestado expresamente su aprobación, la cual en su caso se hará constar también en la misma carta".

Con datos suministrados por los respectivos gobiernos, la Oficina ha publicado manuales sobre Costa Rica, Guatemala, Colombia, Venezuela, Paraguay, Bolivia, Perú, Argentina, etc., revisados de ordinario por los representantes diplomáticos de esos países antes de su publicación; ha dado á luz asimismo una colección de las Constituciones americanas y de las leyes sobre patentes y marcas de fábricas.

En cumplimiento de un acuerdo de la Conferencia de Washington, la Oficina publicó una Nomenclatura Comercial, esto es, una lista de los artículos que están en el comercio, con sus equivalentes en inglés, español y portugués, que debía servir al intento de uniformar la designación de las mercaderías en toda la América, con ventaja manifiesta para el comercio y la legislación aduanera del nuevo Continente. Nada hicieron los gobiernos por aceptar esta nomenclatura.

La Conferencia de Méjico recomendó al Congreso Aduanero de América, que debía reunirse en Nueva York, el estudio de los medios conducentes á la adopción de una nomenclatura común de las mercaderías en América, para su empleo en el cobro de los impuestos de aduana, en los manifiestos de embarque, facturas consulares, entradas, peticiones de despacho y demás documentos de aduana

El Congreso Aduanero de Nueva York estimó incompleta la recopilación de la Oficina y volvió á encargarle una nueva nomenclatura.

La Conferencia de Méjico perfeccionó la organización de la Oficina de las Repúblicas sin alterar su carácter meramente informativo; le encomendó los preparativos del Congreso Cafetero que se reunió en Nueva York en octubre de 1902, del Congreso Aduanero convocado en la misma ciudad en enero de 1903, y de las Conferencias Sanitarias que se celebraron en Washington en diciembre de 1902 y octubre de 1905.

La Tercera Conferencia modificó completamente las bases orgánicas de la Oficina, ampliando sus funciones. De simple centro de informaciones encargado de recoger y diseminar datos comerciales, fué transformada, sin dejar de servir á su primer propósito, en Comisión Permanente de las Conferencias Americanas. A su cargo estarán los trabajos preparatorios de las futuras conferencias; presentará proyectos á éstas, que se deberán poner en conocimiento de los gobiernos que forman la unión, seis meses por lo menos antes de la fecha en que deban reunirse, á fin de que los gobiernos tengan tiempo de estudiarlos y de instruir sobre ellos á sus delegados; informará, con la misma anticipación, sobre cada uno de los asuntos cuyo estudio se le hubiera encomendado; contribuirá, ade-

más, á obtener la ratificación de las resoluciones y convenciones adoptadas por las diferentes conferencias.

El Consejo Directivo lo sigue formando la reunión de los representantes diplomáticos acreditados en Washington, á quienes preside el secretario de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos de América.

Las dificultades en que se vió la Conferencia por falta de materiales y antecedentes que sirvieran de base a la discusión de algunos temas, hizo sentir la necesidad de crear una organización que tuviera por objeto preparar los trabajos de las futuras conferencias. A esta necesidad respondió la reorganización de la Oficina. Muchos temas jurídicos ó económicos exigían para su acertada solución, estudios previos de legislación comparada, acopio de datos estadísticos, esto es, trabajo científico de largo aliento, que requiere años de labor metódica, llevada á cabo por una oficina constituida á propósito.

La Delegación Chilena y Norte Americana presentaron cada cual un proyecto y exposición de motivos sobre reorganización de la Oficina; el delegado cubano señor Quezada elaboró un proyecto de bases y reglamentos.

Parte de las ideas de la exposición chilena están incorporadas en las nuevas bases de la Oficina y parte de ellas fueron consultadas en un acuerdo separado que crea en cada una de las repúblicas americanas una comisión encargada de suministrar á la Oficina los antecedentes que necesite para el desempeño de su cometido.

La Conferencia encomendó á la Oficina los siguientes trabajos y estudios:

Compilar y clasificar los tratados y convenciones celebradas entre repúblicas americanas y entre éstas y otros paises.

Hacer por medio de una sección, que se denominará de Comercio, Aduanas y Estadística Comercial, un estudio de la Legislación Aduanera, reglamentos consulares y estadísticas comerciales de las repúblicas de América para informar sobre las medidas que se deben adoptar á fin de obtener:

a) La simplificación y uniformidad, en lo posible, de las leyes aduaneras y consulares que se refieren á la entrada y despacho de los buques y mercancías;

b) Uniformidad de las bases de las estadísticas oficiales de los países americanos;

c) La mayor circulación posible de datos estadísticos y comerciales y el mayor desarrollo y ampliación de las relaciones comerciales entre las repúblicas americanas;

d) Que las aduanas de los países americanos indiquen los derechos que deban pagar los artículos de importación, cuando se les envíe una muestra de dichos artículos;

La Oficina de las Repúblicas Americanas quedó encargada de elaborar un proyecto que contenga las bases del contrato que fuere conveniente celebrar con una ó más compañías de vapores para el establecimiento de líneas de navegación que unan los principales puertos de los países americanos;

Hacer un resumen de los estudios que le envíen los gobiernos americanos sobre el sistema monetario vigente en cada uno de esos países;

Crear un servicio especial destinado á facilitar el desenvolvimiento de los recursos naturales, y recoger y analizar,

con este fin, permanentemente las informaciones que pueda obtener sobre los recursos naturales, las obras públicas proyectadas, y las condiciones legales en que pueden obtenerse de los gobiernos americanos las concesiones de tierras, minas y bosques. Estos informes quedarán á disposición de los gobiernos y de las personas interesadas y se publicarán en los boletines de la Oficina.

La Conferencia expresó el deseo de que la Oficina se instale pronto en un edificio propio, que le permita llenar sus importantes funciones.

Antes que se reuniera la Conferencia ya se habían declarado dispuestas diezisiete Repúblicas á pagar la cuota que les correspondería en la construcción del nuevo edificio, cuyo costo fué avaluado por el Consejo Directivo en $ 125.000.

Para hacer más expedito el acopio de informaciones, el proyecto de acuerdo de la Delegación Chilena propuso la creación en cada una de las Repúblicas americanas de una comisión encargada de enviar á la Oficina los datos que necesite. "Las comisiones tendrían también por objeto, dice la exposición que precede al proyecto, ilustrar á los respectivos gobiernos sobre las tendencias que hubieren dominado en las conferencias internacionales americanas y gestionar la aprobación de las resoluciones que en ellas se hubieren adoptado. Estarían indicadas de preferencia para figurar en estas comisiones las personas que hubieren sido delegados á algunas conferencias, porque su participación en las tareas de esos Congresos sería una garantía del interés con que desempeñarían su cometido y de su competencia para ilustrar á los gobiernos acerca de los propósitos y espíritu que inspiraron sus resoluciones".

La Conferencia acogió las ideas anteriores y les dió cuerpo en una recomendación que provee á su establecimiento.

La discusión sobre *arbitraje* había puesto en peligro de fracasar la Conferencia de Méjico, á la cual el Perú y la Argentina quisieron arrancar un acuerdo que envolviera una condenación implícita de la política chilena en Tacna y Arica.

En la Conferencia de Río el alcance y carácter del arbitraje habían quedado fuera de discusión reducida la dificultad á expresar un anhelo universal, que ninguna resistencia podía encontrar, á saber, que en la próxima Conferencia de La Haya se celebre una Convención General de Arbitraje que llegue á ser aprobada y puesta en vigor por todos los países.

No fué fácil, sin embargo, encontrar una fórmula que expresara esta recomendación. Algunas delegaciones quisieron introducir en ella la idea de que dicho tratado general de arbitraje determinara los casos que obligadamente debían ser sometidos á ese recurso, una aceptación velada de la doctrina del arbitraje obligatorio. Este intento fué rechazado por la mayoría, y al fin, después de muchas reuniones de la Comisión de Arbitraje, en que se discutió la redacción de un acuerdo que satisficiera á todas las delegaciones, se encontró una fórmula inofensiva, que al mismo tiempo de manifestar el interés de América por la aplicación de este recurso, no contenía ninguna expresión susceptible de interpretarse en favor de una de las contrarias opiniones.

La Tercera Conferencia Internacional Americana resolvió:

"Ratificar la adhesión al principio del arbitraje: y á fin de hacer práctico tan elevado propósito, recomienda á las naciones representadas en ella que den instrucciones á sus delegados á la Segunda Conferencia de La Haya para que procuren que en esa Asamblea, de carácter mundial, se celebre una Convención General de Arbitraje, tan eficaz y definida, que, por merecer la aprobación del mundo civilizado sea aceptada y puesta en vigor por todas las naciones".

"La Delegación Chilena contribuyó, dice la Memoria de esta Delegación á su Gobierno, en cuanto estuvo de su parte para que se llegara á esta solución enteramente conforme con los principios anteriormente sustentados en repetidas ocasiones por nuestra Cancillería y que resguarda los intereses legítimos de nuestro país. En una Convención General de Arbitraje que, mereciendo la aprobación del mundo civilizado, sea aceptada y puesta en vigor por todas las naciones, no hay ni podrá haber hostilidad ó preconcebido propósito contra ningún estado".

Idéntica limitación á la del arbitraje se había establecido para la doctrina conocida con el nombre del doctor Drago, Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, que la había puesto de actualidad en una nota al Ministro argentino en Washington, con motivo de las reclamaciones pecuniarias de las potencias europeas en Venezuela.

No se llamaba á la Conferencia á pronunciarse sobre la doctrina misma; se le pedía únicamente un acuerdo recomendando á los Gobiernos americanos á invitar á la Conferencia de La Haya á considerar si el uso de la fuerza es admisible para el cobro de las deudas públicas; y en caso de ser admisible, hasta qué punto.

Era lógico que una cuestión que interesaba en igual grado á las naciones europeas y americanas, no fuera resuelta solo por una reunión de las últimas, cuyos acuerdos de ningún modo podían comprometer á los países acreedores de Europa. La breve exposición que precede al acuerdo de la Comisión que informó el tema, así lo expresa, al decir que sólo á una asamblea mundial corresponde consagrar los verdaderos principios sobre la materia.

La resolución de la Conferencia es la siguiente:

"La Tercera Conferencia Internacional de las Repúblicas Americanas, reunidas en Río de Janeiro, resuelve recomendar á los Gobiernos representados en ella, que consideren el punto de invitar á la Segunda Conferencia de la Paz de La Haya, para que examine el caso del cobro compulsivo de las deudas públicas y, en general, los medios tendentes á disminuir entre las naciones los conflictos de orígen exclusivamente pecuniario".

Mientras el programa sólo habla de la procedencia del empleo de la fuerza para el cobro de las deudas públicas, el acuerdo transcrito extiende la recomendación al exámen de todos los medios tendentes á disminuir entre las naciones los conflictos de origen exclusivamente pecuniario.

La mayoría de los Ministros en Washington propuso la codificación del Derecho Internacional como tema que merecía la atención de la Tercera Conferencia, y ésta, aceptando la indicación del programa, recomendó á los Go-

biernos americanos la constitución de un Cuerpo Internacional de Jurisconsultos, compuesto de un representante de cada uno de los países signatarios, á cuyo cargo estaría la preparación de un proyecto de Derecho Internacional Privado y otro de Derecho Internacional Público, que reglen las relaciones entre las naciones de América.

La primera reunión de la Junta tendrá lugar en Río Janeiro durante el año 1907; se considerará constituida cuando se hallen reunidos los representantes de doce, por lo menos, de los estados signatarios.

El nombramiento de los miembros de la Junta debe ser comunicado al Gobierno de los Estados Unidos del Brasil antes del 1º de abril de 1907.

La Junta, con el objeto de distribuir el trabajo entre sus miembros, podrá dividirse en dos comisiones distintas, que se ocupen, la una, de preparar el Código de Derecho Internacional Privado; la otra, el de Derecho Internacional Público. Las Comisiones pueden pedir á sus Gobiernos el nombramiento de peritos especiales para determinados estudios á fin de dar así más pronta terminación á los proyectos.

Aventurado parece abrigar la esperanza de que los Códigos preparados por la Junta de Jurisconsultos alcancen á ser aprobados en todas sus partes por las futuras conferencias americanas, cuando en las anteriores sólo ha sido posible arribar á acuerdos sobre reducido número de materias del Derecho Internacional, acuerdos consignados en los Tratados y Convenciones que allí se firmaron.

El artículo 7º de la Convención que crea la Junta de Jurisconsultos, al decir que se harán constar en uno ó más Tratados parciales los principios sobre los cuales se obtuviere acuerdo, deja entender que la Conferencia de Río no se hizo ilusiones al respecto.

Pero el trabajo de codificación importa, sin duda, una contribución importante al progreso de las ciencias jurídicas. Presupone un estudio completo, sistemático, concordado del Derecho, de la doctrina y de sus antecedentes históricos, é irá revelando las materias en que la uniformidad de pareceres y prácticas permita sentar un principio de Derecho Público Americano.

El Embajador de Méjico al indicar la codificación del Derecho Internacional para su estudio en la próxima conferencia, añade que de este modo "se podría contribuir al adelanto de la ciencia y á facilitar, favoreciendo la interpretación de puntos dudosos, el arreglo y solución de muchos casos que no tienen más origen que la opinión distinta y á veces encontrada de los tratadistas".

La Conferencia de Río no traza un programa á la Junta de Jurisconsultos, le recomienda únicamente, y en general, ciertas materias más apropiadas que otras para su codificación, á saber aquellas respecto de las cuales existe cierta conformidad en las legislaciones nacionales de los países de América, ó que han sido objeto de acuerdos uniformes en los tratados y convenciones, así como los tratados de Montevideo de 1889, los proyectos adoptados en la Conferencia de Méjico y los debates á que unos y otros dieron lugar.

La codificación del Derecho Internacional Privado presenta menores dificultades que la del público, que se complica con problemas políticos. El primero ofrece á las Conferencias Americanas un extenso campo de acción, en que cabe obra

fecunda de acercamiento, eliminando las diversidades existentes entre las legislaciones de los países de América, que pueden dar lugar á enojosas diferencias. Esta tarea, responde, además, á una tendencia universal: "La de armonizar los principios que reglan la condición civil del hombre libre y el régimen de sus actos privados como fuentes de derechos ú obligaciones, en el ejercicio de su actividad social, comercial ó industrial" (1).

En esta tarea la América Latina lleva mucho camino recorrido, y un camino propio, que le señalan sus condiciones peculiares, su comunidad de origen, de idiómas, de instituciones. En este orden la obra de las Conferencias Americanas, sobre todo la del Congreso de Montevideo, pueden considerarse un timbre de honor para el Continente, una respuesta á los que ponen en duda la utilidad de las Conferencias Americanas.

La Comisión encargada de informar el tema se limitó á estudiar el mejor modo de constituir la Junta de Jurisconsultos; en el extenso informe que presentó hace la historia de los esfuerzos realizados por codificar el Derecho Internacional, las dificultades que ofrece esta tarea y las expectativas que promete.

——

La *Naturalización* figura por primera vez en el programa de las Conferencias Americanas, pero figura limitada á una de las numerosas cuestiones á que ha dado lugar.

Invita el programa á celebrar "un convenio que comprenda el principio de que el ciudadano naturalizado en uno de los paises contratantes y que se radique nuevamente en su país de origen, sin la intención de regresar á aquél donde se naturalizó, sea considerado como renunciado á su naturalización en dicho país, presumiéndose que existe el intento de no regresar cuando la persona naturalizada resida más de dos años en su país de origen".

Recomienda el tratamiento de esta materia la circunstancia de que la naturalización de los extranjeros, y sobre todo la situación de éstos cuando han regresado á su primitiva patria, ha orijinado muchas dificultades.

Cada país determina con entera libertad las condiciones en que se pierde ó adquiere su nacionalidad; nacen conflictos cuando una persona cambia de nacionalidad y al adquirir otra nueva por naturalización, no pierde la de origen; ha sucedido con frecuencia que la primera patria ha reclamado del naturalizado el cumplimiento de sus obligaciones cívicas, á las cuales se había sustraído por medio de la emigración.

Los Estados Unidos, interesados en definir la situación de los extranjeros radicados en su suelo y en asimilarlos políticamente han mantenido largas discusiones durante el siglo XIX con las Naciones del Viejo Mundo, que con dificultad se han allanado á aceptar el derecho de expatriación. Estas dificultades jeneraron algunas convenciones entre los Estados Unidos y países de Europa y de América. Un acuerdo de la Tercera Conferencia, en la forma solicitada por el programa, á la vez que tendía á remover una causa de diferencias entre países americanos, abría paso á la aceptación universal de la norma que envuelve la recomendación del programa.

El Gobierno de los Estados Unidos

(1) Informe de la Comisión de Codificación.

propuso este número; su delegado Mr. Rowe presentó á la Comisión un estudio sobre la conveniencia de aceptar dicho principio. La Comisión y la Conferencia así lo hicieron, estableciendo que el *animus manendi* se presumía por la residencia de dos años en el país de origen, presunción que cede á la prueba en contrario.

La Conferencia de Méjico aprobó una convención sobre propiedad industrial (patentes de invención, dibujos, modelos y marcas de fábrica y de comercio) y otra sobre propiedad literaria y artística, que no fueron ratificadas sino por unas cuantas repúblicas americanas.

La Conferencia de Río no modificó la doctrina de ninguna de las dos convenciones; recomendó á los países de América su aceptación, proponiéndoles, ademas, formar *La Union Internacional Americana para la protección de la propiedad intelectual é industrial*, á semejanza de las uniones constituidas por los países adherentes á las convenciones de Paris de 1883 y de Madrid de 1891.

Nuestra época tiende sin duda al reconocimiento universal de ambas clases de propiedad y esta tendencia se traduce en la creación de las uniones citadas, de las cuales forman parte muchos países de América, uniones que aseguran á una y otra propiedad una protección que no reconoce fronteras.

La Delegación de Méjico propuso á la Conferencia de Río recomendar á las repúblicas de América no sujetas al Tratado de París de 1883 sobre patentes y marcas de comercio y á los Protocolos Adicionales firmados en Madrid en 1891, su adhesión á dichos tratados y protocolos, con lo cual, empleando las expresiones del proyecto, se daba un paso muy significativo en el sentido de unificar las reglas que norman las relaciones internacionales.

La Sexta Comisión no fué favorable al proyecto mejicano, porque estimó que estaba llamada á considerar únicamente las relaciones entre los estados americanos, y porque quiso respetar las razones especiales que los países no adheridos pudieran tener para abstenerse de entrar en la unión. Suponiendo que estos motivos no obstaban á una asociación de los países americanos para los mismos fines, la Sexta Comisión, sin desconocer el laudable móvil de la Delegación de Méjico, propuso la unión de los países de América para la protección de la propiedad intelectual é industrial.

La Unión ofrece la novedad de reunir en un cuerpo las dos propiedades, separadas hasta ahora y protegidas por uniones distintas, aunque una y otra son manifestaciones de un mismo derecho: el del autor ó inventor á la producción de su talento ó ingenio. La naturaleza de ambos derechos, la semejanza en el modo de constituirse, á saber por el registro de depósito de la obra ó invento en una oficina pública, autorizaba reunirlos en una organización, con ventajas para su funcionamiento y realizando un progreso sobre el derecho creado por las Convenciones de Paris y de Madrid.

La Conferencia aprobó el proyecto de la Sexta Comisión, que para llevarlo á la práctica, proponía por razones jeográficas, la fundación de dos oficinas, de idénticas atribuciones y funcionamiento, una con sede en Habana, la otra en Río de Janeiro, destinadas á centralizar el registro de las obras literarias y artísti-

cas, patentes, marcas, dibujos y modelos que se registren en cada una de las naciones americanas, para asegurarles así su reconocimiento y validez en todo el Continente.

El derecho á la propiedad intelectual é industrial se adquiere en conformidad á la ley del país de origen; la Unión en virtud del registro en una de sus oficinas, comunica el invento ó la obra á los demás países, asegurando el reconocimiento de su propiedad en todos ellos, y convierte en una operación única, central, los múltiples, difíciles y engorrosos trámites necesarios hasta la fecha para conseguir la protección de la propiedad industrial é intelectual en todo el Continente.

(*Continuará*)

JULIO PHILIPPI.

DE LA NATURALEZA Y DE LOS EFECTOS DEL DERECHO EVENTUAL

POR M. R. DEMOGUE

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

(*Continuación*)

Este razonamiento ha sido muy bien expuesto por diferentes autores, por lo que creemos innecesario volver sobre él (1). Y admitimos en principio que el contrato de matrimonio no produce algunos de sus efectos sino desde la fecha del matrimonio; insistiremos en esto más adelante para fijar el alcance de esta idea.

Coloquemos junto á este contrato accesorio de matrimonio, los demás contratos accesorios; constitución de hipoteca, fianza, prenda. Estos contratos accesorios pueden llevarse á cabo para garantizar no sólo una obligación condicional, sino también una obligación eventual ó futura (2).

Se afirma tradicionalmente que se puede constituir una hipoteca para garantir la obligación del que obtiene un préstamo cuando se abre crédito, y es este el ejemplo clásico. Pero puede decirse con la misma certidumbre que una persona puede afianzar ó dar hipoteca de antemano por las deudas que su hijo, un pariente ó un amigo pueda contraer para con otra persona. Así también una ciudad podrá hacerse dar una prenda ó una fianza por un empresario de trabajos para garantizar las indemnizaciones por los daños que pueda causar á las propiedades privadas.

Pero si aplicamos aquí los principios que expone la doctrina á propósito del contrato de matrimonio deberemos decir: estos contratos accesorios no están subordinados á una simple condición. Falta todavía uno de sus elementos esenciales: el contrato principal. No se concibe el contrato de fianza, el contrato de hipoteca, como produciendo sus efectos, sin que exista el contrato principal. No se podría hablar de retroactividad una

(1) V. Planiol, t. III, núm. 832; Guillouard, t. I, núm. 276 y 330; Vidal, *Recueil de l'Academie de Toulose*, t. XXXII, p. 187; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, t. I, núms. 193 y sigt.; Lacointa, nota en Sir. 81. 1. 553; Timbal, *Point de départ des éffets du régime matrimonial* (thèse) p. 50 y sigt.; Aubry et Rau, t. VI, 5.ª ed, p. 60.

(2) V. not. Aubry et Rau, 5.ª ed., t. IV, p. 476; Laurent, t. XXX, núm. 528; Baudry-Lacantinerie y de Loynes, *Hypothèques*, t. II, núm. 1280; Guillouard, t. II. núm. 1030.

vez que existiera el contrato principal. Los efectos del contrato accesorio de hipoteca, de prenda, no se producen sino desde que existe el contrato de préstamo ó de venta que da nacimiento al crédito garantido. Deberíamos, pues, decir, si hay hipoteca constituida para garantir una apertura de crédito, ú obligaciones que una persona pueda contraer para con otra: esta hipoteca no producirá efecto sino desde el día en que se haya realizado la apertura de crédito, y se haya entregado el dinero al que obtuvo el préstamo.

Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia triunfa la solución contraria. Se admite, por ejemplo, que en caso de apertura de crédito, la hipoteca adquiere rango desde el día de su inscripción y no sólo desde el día de las entregas hechas al que obtuvo el crédito (1).

¿Cómo justificar esta derogación al derecho común? Los autores nos dan razones insuficientes y embarazosas. Invocan en primer lugar consideraciones prácticas. ¿Qué sería la garantida dada si, hasta el momento en que nace la deuda, el deudor puede contraer hipotecas preferentes á las del que abre el crédito? Sería incierta ó ilusoria, se entorpecería el movimiento de los negocios. El argumento es exacto, seguramente. Hay que tomarlo en cuenta. Pero ¿es posible contentarse con él, y no hay que buscar justificaciones de otra naturaleza?

Se ha dicho que esa era la intención de las partes: como si ella pudiera desempeñar un papel cuando se trata, no de fijar la extensión de los efectos del contrato, sino de aplicar un principio muy cierto: á saber, que el contrato no puede producir efectos sino después que existen sus elementos.

Se agrega que los terceros están advertidos por la inscripción. Esta es también una consideración práctica y no una justificación teórica.

¿Podremos tomar en cuenta las consideraciones que se hacen sobre la apertura de crédito, "que participa de la naturaleza de los contratos sinalagmáticos", lo que equivale nada menos que á decir que la obligación del que obtiene el crédito existe ya y á excluir este ejemplo del campo de nuestra dificultad?

Se dan argumentos más probatorios cuando se hace notar que la hipoteca por una deuda futura adquiere rango inmediatamente, y que así sucede con la hipoteca del menor sobre los bienes de su tutor, la cual garantiza deudas que pueden no nacer nunca y adquiere rango al comenzar la tutela. Se cita también la ley de 1º de junio de 1853 (art. 4º), según la cual la hipoteca otorgada á favor de una sociedad de crédito sobre inmuebles adquiere rango desde el día de la inscripción, aunque los valores se entreguen posteriormente. Pero sería preciso llegar á justificar estos textos especiales, demostrar que no son derogaciones al derecho común.

¿Cómo podríamos, por otra parte, evitar la contradicción que resulta de las soluciones admitidas en materia de contrato de matrimonio y en materia de hipoteca por deuda futura?

Es necesario para esto darnos cuenta exacta del lazo que une el contrato accesorio y el contrato principal. El contrato accesorio no nos parece en realidad

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 479; Baudry et de Loynes, *Hypothèques*, t. II, núm. 1286; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, núms. 1032 y sigt.; Demolombe, t. XXV, núm. 392; Lyon-Caen et Renante, t. IV, núm. 729.

depender en su existencia del contrato principal. Nos parece únicamente que depende de él en cuanto no puede ejecutarse, y esto en el sentido más estricto de la palabra, sino en cuanto existe el contrato principal. El contrato accesorio tiene una vida independiente, sólo que no se puede hacer uso de él para hacer pagar la deuda cuando ella no existe todavía.

El contrato accesorio es pues un contrato cuya ejecución supone la existencia de una obligación principal. Si se ha dado una fianza, una hipoteca para una deuda futura, puedo desde el presente hacer inscribir la hipoteca, lo que nadie niega, puedo presentarme en el orden abierto, puedo presentarme en la quiebra de la caución y hacer verificar mi crédito. Lo único que se me prohibe es tocar el monto de las cantidades que deben corresponderme: se depositarán en la Caja de depósitos y consignaciones hasta el vencimiento de la deuda principal.

Este concepto es aceptable no sólo desde el punto de vista teórico, sino que se halla también en armonía con las necesidades prácticas que los autores han heche valer á propósito del rango de la hipoteca para una apertura de crédito.

Tratemos con estas ideas de esclarecer la cuestión de los efectos del contrato de matrimonio. Este contrato tiene un doble objeto. Se ocupa de determinar cuáles son los bienes de los dos esposos que estarán afectos á las necesidades de la familia. Se ocupa al mismo tiempo de determinar cuáles son los valores que administrará el marido, cuáles son por el contrario los que quedarán sometidos á la administración de la mujer. Creemos que en general los efectos diversos del contrato de matrimonio deben producirse en la misma fecha de este contrato. Sólo se trata de consecuencias puramente jurídicas que deducir del contrato de matrimonio; se trata de saber si la subrogación real vá á funcionar inmediatamente ó sólo después de la celebración del matrimonio. Se trata especialmente de determinar lo que sucederá si se presenta un caso inverso del previsto por el artículo 1404, § 2; si uno de los esposos, en el tiempo entre la firma del contrato y la celebración del matrimonio, enajena un inmueble que debería permanecer de su propiedad, el crédito adquirido en cambio ¿será común ó propio? Nos parece conforme á la lógica, conforme á los intereses prácticos, decir que tendrá lugar la subrogación real, y que el crédito del precio del inmueble será propio como éste. El artículo 1404 no ha querido que un esposo pudiera ejecutar un acto que destruyera los cálculos del otro. No hay que aceptar tampoco que un esposo que ha ejecutado un acto quizá ventajoso resulte haberse causado daño á sí mismo.

Diremos aún, como lo ha hecho la jurisprudencia, que los bienes adquiridos entre el contrato de matrimonio y el matrimonio en sustitución de bienes dotales que se había enajenado, son dotales como ellos (1).

Sin embargo, no deduciremos del principio sentado por nosotros todas las consecuencias que importa. Nos negamos á admitir la fórmula de la Corte de Casación: "cuando la celebración del matrimonio ha tenido lugar, el cumplimiento de la condición tiene, según los términos del artículo 1179, efecto retroactivo desde el día en que se contrajo la obligación."

(1) V. Cas. 18 marzo 1878, D. 79. 1. 441, S. 81. 1.353.

No es necesario que el contrato de matrimonio produzca todas sus consecuencias desde antes del matrimonio. Cuando un acto como éste está sometido á una eventualidad, hay algunos de sus efectos que no tienen razón de ser sino á partir desde el momento en que se produce la eventualidad.

El derecho de administración del marido, su derecho de usufructo sobre los bienes de la mujer no tienen razón de ser sino desde que existe la vida común. Sería incomprensible querer darles un punto de partida anterior, querer negar la validez de un acto de administración de la mujer sobre sus bienes antes del día del matrimonio. La ejecución misma del contrato de matrimonio: el poner al marido en posesión de los bienes de la mujer, no debe tener lugar sino desde que existe el contrato principal. Aquí, como en materia de condición, hay que decir que en presencia de un acto que depende en su existencia de un acontecimiento futuro é incierto, es conforme á las necesidades prácticas, á la voluntad de las partes, que se retarden los efectos directos y materiales del acto hasta este acontecimiento. Dicho de otra manera, la idea de condición ó de eventualidad implica la idea de un retardo en la ejecución, la idea de un término.

Diremos pues que en parte el contrato de matrimonio producirá inmediatamente sus efectos, y en lo demás los producirá sólo á contar desde el matrimonio mismo.

Y partiendo de estas ideas, aprobaremos no los fundamentos de las sentencias que nos parecen demasiado generales é inexactas, sin las resoluciones que se han dado.

No creemos que haya errado la Corte de Casación al declarar como no celebrada la venta consentida por el donante, entre la fecha del contrato de matrimonio y la del matrimonio, de un bien donado á los esposos en el contrato de matrimonio. (V. Cas., 26 enero 1847, D. 47. 1. 63), ó al negar el ejercicio de la acción pauliana contra una donación contenida en el contrato de matrimonio, á un acreedor cuyo derecho ha nacido después de esta época, pero antes del matrimonio. Aprobamos igualmente la sentencia de 18 de diciembre 1878 (S. 81. 1. 353), que ha declarado dotales bienes adquiridos entre el contrato de matrimonio y el matrimonio en cambio de bienes declarados dotales por las convenciones matrimoniales; y la sentencia de Nîmes de 26 de marzo 1889 (*Le Droit*, 16 septiembre), que anula la venta hecha por la mujer de un bien que se constituyó en dote, cuando el acto ha tenido lugar entre el contrato de matrimonio y la celebración del matrimonio.

Se puede preguntar á este propósito en qué fecha adquirirá rango la hipoteca legal. Haremos notar previamente á este respecto que habría que referirse ante todo á los textos: esta hipoteca nace por voluntad de la ley y no por una voluntad tácita de las partes. Pero los textos son contradictorios: el artículo 2135 habla de la fecha del matrimonio, los artículos 2194 y 2195 de la fecha del contrato de matrimonio. Por la fuerza de las cosas hay que fijar la fecha de la hipoteca en consideración á las necesidades prácticas. Creemos que, si se inspira en las ideas que hemos desarrollado sobre los derechos eventuales, no hay ningún obstáculo en teoría para que la hipoteca adquiera rango desde el día del contrato. Además, estando interesadas

las partes en tener una hipoteca tan antigua en fecha como sea posible, es razonable hacerla adquirir rango desde que se encuentra un acto en cuya fecha se pueda fijar el rango de la hipoteca. Había pues razón para fijar la fecha de la hipoteca en la del contrato pecuniario de matrimonio, si no hubiera que tomar en cuenta los intereses de los terceros, del crédito público, que tiene una tan grande importancia en materia de seguridades reales. Ahora bien, el contrato de matrimonio es un contrato secreto, su existencia sólo es conocida por el acto del matrimonio. Sólo este último acto tiene una cierta publicidad y puede en el hecho ser conocido por los terceros. Por esta razón, y por esta única razón admitiremos que la hipoteca legal no adquiere rango sino á contar desde la celebración del matrimonio, de acuerdo por lo demás con la jurisprudencia (1) y la doctrina.

Pero, si tal es el principio, nada impide á los esposos constituir desde luego por el contrato de matrimonio una hipoteca convencional sobre los bienes del marido como garantía de la restitución de la dote. Esto ha sido reconocido por la Corte de Casación en una antigua sentencia (2). Y talvez podría aún decirse que la hipoteca legal podría adquirir rango antes del matrimonio, si se practicara una inscripción antes de la celebración. Pues la única razón para retardar la fecha en que adquiere rango es la falta de publicidad. Y sería interpretar muy estrictamente la ley decir que ha establecido un rango para la hipoteca legal que no se lo pudiera derogar, aun cuando hubiera para ello plena razón.

A propósito de lo anterior y de la fecha de los efectos de un contrato accesorio, hay que destruir una objeción que se presenta al espíritu: admitimos en una amplia medida que el contrato de matrimonio produce sus efectos en su fecha. Ahora bien, es cierto que si no hubiera matrimonio el contrato no produciría ningún efecto. Llegamos pues á tratar el contrato de matrimonio que depende de un acontecimiento incierto más favorablemente que si dependiera de una condición propiamente dicha, por lo menos si se acepta el efecto limitado que damos á la condición una vez cumplida. En realidad no es así: los efectos que hacemos producir al contrato de matrimonio á contar desde su fecha ó á un acto accesorio desde antes del nacimiento del acto principal, no son más considerables que los que hacemos producir á la condición suspensiva cumplida, á lo menos en los casos más prácticos, por ejemplo cuando se trata de la enajenación de un bien dotal entre el contrato de matrimonio y el matrimonio. Sin duda en otras hipótesis será distinto, pero los actos podrían fácilmente entrar en la clase de actos conservatorios permitidos, como lo veremos, á un simple acreedor eventual: por ejemplo, el derecho del acreedor eventual para hacer inscribir la hipoteca que se le ha otorgado.

Llegamos, en resumen, á establecer en materia de derecho eventual el sistema siguiente. Cuando un derecho eventual se transforma en un derecho puro y simple, en principio sólo produce sus efectos á contar desde esta transformación. Sin

(1) Cas. 22 enero 1878, D. 78. 1.154.—Cf. Planiol, t. II, núm. 3116: Baudry et de Loynes, t. II, núm. 1.478; Huc, t. XIII, núm. 360; Guillouard, *Hypothèques*, t. II, núm. 835.

(2) 26 febrero de 1829, D., v° *Privilèges et hypothèques*, núm. 925.

embargo, sea que se trate de promesa de contrato, de promesa de cosa futura ó de cosa ajena, ó todavía de contrato accesorio (contrato de matrimonio, contrato de hipoteca) en la medida en que es necesario para dar fuerza al derecho respecto de terceros, el dueño del derecho eventual tendrá un derecho que adquiere rango inmediatamente, aunque este derecho no se vaya á ejecutar sino más tarde. Se puede decir, pues, que en el dominio de los derechos reales el derecho eventual asegura un rango desde su primera fecha. Al contrario, en el dominio de los derechos personales, el derecho eventual no adquiere rango sino á contar desde su transformación en derecho actual (1).

Nos parece que sólo existen dos excepciones: primeramente, cuando se trata de la capacidad. Consideraciones objetivas hacen conveniente admitir una solución excepcional. Y en seguida en materia de sucesión testamentaria ó *ab intestat*, en que una disposición del artículo 777 acentúa el efecto de la muerte haciendo remontar á esta fecha todas las consecuencias de la aceptación, contrariamente por lo demás á la naturaleza de las cosas, lo que explica las excepciones que importa esta disposición.

Pero, dejando aparte estos casos, tenemos en suma una solución semejante á la que proponemos admitir para la condición. Sobre esta cuestión capital se halla, pues, establecida la unidad entre la teoría del derecho condicional y la del derecho eventual. Y esta unidad no debe extrañarnos, siendo en suma conforme á las necesidades prácticas este resultado negativo de la distinción entre el derecho condicional y el derecho eventual. Cuando alguien ejecuta un acto condicional ó eventual, entiende dominar el porvenir. Es necesario que adquiera un derecho que, si se realizan las previsiones, prevalezca sobre los derechos reales adquiridos en la época intermedia. Su derecho va, pues, en ambos casos á tener una fecha anterior á la perfección técnica. Adquirirá fecha el día en que lo hayan querido las partes ó una de ellas. Sólo que sus efectos no comenzarán propiamente hablando sino en el día en que se realicen la condición ó la eventualidad, es decir, en el instante en que, produciéndose la situación prevista, se va á querer poner en obra los preparativos que se había hecho para hacerle frente.

De los derechos del acreedor eventual mientras no se realiza la eventualidad.

¿Qué puede hacer el acreedor eventual mientras no se realiza la eventualidad? Es preciso evidentemente, para resolver este punto, tomar como base las soluciones admitidas á propósito de los acreedores bajo condición, en el sentido de que los actos prohibidos al acreedor bajo condición lo son con mayor razón al acreedor eventual. No puede decirse en sentido inverso que los acreedores eventuales tengan todos los derechos reconocidos al acreedor condicional, pues su situación no es la misma, aunque existe una incertidumbre sobre los derechos de ambos.

El que tiene un derecho condicional puede ejecutar actos conservatorios; ¿puede reconocerse el mismo derecho al

(1) Y habría que admitir todavía esta solución en el caso que se hubiera hecho una fundación directamente á favor de un establecimiento por crearse, ó en el caso de estipulación á favor de un tercero indeterminado. Nadie podría entretanto adquirir derecho real en detrimento de estos beneficiarios.

que no tiene más que un derecho eventual? Nos parece que es imposible en principio rehusar al acreedor eventual la facultad de ejecutar actos conservatorios. Pues desde el momento que una persona tiene un cierto derecho, aunque sea eventual, debe serle permitido hacer los actos necesarios para impedirle que perezca, porque de otro modo sería lo mismo que decir que no se tiene ningún derecho. Y hemos demostrado suficientemente que no es ésta la situación del acreedor eventual.

¿Cuáles son los actos que puede ejecutar con el nombre de actos conservatorios? Se puede comprender en estos términos, como por lo demás se hace siempre, algo más que los actos con que se impide extinguirse el derecho; sólo entrarían, en efecto, en esta clase, los actos que interrumpen la prescripción; se puede comprender todos los actos que fortifican el derecho, asegurando su prueba, que hacen que pueda oponérsele á los terceros. Hay que decir, pues, como lo reconoce una doctrina unánime, que el acreedor eventual puede inscribir la hipoteca que se le ha otorgado. Habrá que decir también que podrá hacer notificar al deudor de un crédito que se le ha cedido eventualmente el contrato celebrado en su favor. Podrá del mismo modo obtener que se le ponga en posesión de la cosa dada en prenda, aún para un crédito futuro. Se podrá hacer inscribir una promesa de venta de que se ha beneficiado, ó cualquiera otro acto que otorgue un derecho real eventual.

¿Se podría también proceder judicialmente para hacer reconocer su título, para hacer establecer la existencia de la deuda? Se reconoce este derecho al acreedor condicional. Y creemos que se le debe extender al acreedor simplemente eventual; pues el derecho de proceder judicialmente nos parece absoluto desde que se tiene un título que no se ha verificado ante los tribunales, y más generalmente desde que se ha ejecutado un acto susceptible de engendrar un derecho, con tal que este acto no haya sido todavía constatado por la justicia. En efecto, hay siempre interés en presentar desde luego su prueba ante la justicia, en vez de esperar que el derecho eventual se haya convertido en puro y simple. Si se me firma hoy la cesión de un crédito futuro, puedo tener interés en establecer desde ahora que el acto ha sido bien firmado por aquel cuyo nombre lleva, pues puede suceder que esta prueba, fácil al principio, llegue á ser más aleatoria, si muere el firmante (1). En todo caso, si ha de realizarse la eventualidad, es mucho más ventajoso para mí que el contrato de que nace el derecho eventual esté reconocido desde luego ante la justicia, pues de otro modo, si no puedo entablar un proceso hasta el día en que mi derecho se convierta en puro y simple, sólo podré tener un título ejecutivo meses ó quizás años después.

Concluiremos, pues, que el acreedor eventual tiene el derecho de obrar ante la justicia. Es cierto que podría objetarse que la jurisprudencia prohibe hoy el peritaje para lo futuro (2), y está muy vacilante en admitir la información para lo futuro (3). Pero sin entrar en discu-

(1) Larombière, t. II, p. 479.

(2) V. Cas. req., 25 oct. 1886, S. 87. 1. 164.—Trib. de Saint-Calais, 25 marzo 1887, D. 87. 3. 111.—Cas. 6 feb. 1900, D. 1900 1 167.—*V. Contrà*, Glasson, *Procédure*, l. I., p. 616; Garsonnet, l. II, p. 554.

(3) V. sin embargo, Besançon, 31 agosto 1844, D. 46. 2. 28. V. Glasson, t. I., p. 570; Garsonnet, t. II p. 552.

sión sobre este punto, haré notar que la cuestión que examinamos es distinta de la información ó del peritaje para lo futuro. En efecto, la información ó el peritaje para lo futuro propiamente dicho, es aquel en que una persona, sin más, pide al tribunal que constate tal ó cual hecho, sin indicar en nada lo que quiere deducir de esta constatación.

Nos hallamos en presencia de una demanda de otra naturaleza. Una persona tiene un derecho simplemente eventual y solicita un peritaje ó una información ó cualquiera otra medida de procedimiento para probar su derecho eventual. La persona que obra así coloca al tribunal en situación de conocer la utilidad del acto que ordena, y aún de apreciar si los hechos son pertinentes. Por esto hay que aprobar que la Corte de Besançon, por sentencia de 31 de Agosto de 1844 (S. 45. 2. 625, D. 46. 2. 28), haya autorizado á un propietario, á quien podían privar de los beneficios de una fuente de que gozaba los trabajos que ejecutaba un vecino, para establecer cual era la situación de que gozaba actualmente, para el caso en que le causaran perjuicio los trabajos. El tribunal se encuentra, en efecto, en situación de ver ya si los hechos que se trata de probar presentan alguna utilidad, si el vecino no ha hecho más que usar de un derecho (1).

Y al mismo tiempo que permitimos al dueño de un derecho eventual establecer por información ó por peritaje el derecho que posee, concedemos con mayor razón que se puede establecer por verificación de escritura que tal acto celebrado en instrumento privado emana en realidad de tal ó cual persona. Porque aquí no podemos chocar con ningún principio de procedimiento, ya que la ley misma prevé la verificación de escritura como demanda principal (1).

Resulta, pues, de todo esto un principio general. Toda persona que tiene un simple derecho eventual puede proceder judicialmente para hacer constatar legalmente su derecho tal como existe actualmente; puede á este efecto pedir una verificación de escritura, un peritaje, una información, y en caso necesario, cualquiera otra medida: un interrogatorio, delación de juramento decisorio ó supletorio. El tribunal, en virtud de esta demanda, está obligado á constatar lo que se le pide, después de haber visto si tiene alguna utilidad para el proceso que se propone entablar.

Pudiendo el dueño de un derecho eventual proceder desde luego judicialmente, puede preguntarse á este propósito si va á beneficiarse actualmente con una hipoteca judicial. ¿Podrá en virtud del fallo pronunciado á su favor inscribir una hipoteca sobre los bienes del deudor eventual?

La cuestión es doble: se trata no sólo de saber si resulta del fallo una hipoteca judicial, sino aún de saber cuando puede inscribirse esta hipoteca.

Por de pronto ¿hay hipoteca judicial? La cuestión de saber á que fallos va anexa esta garantía, es muy obscura.

Sin embargo, se reconoce que no es necesario para ello que las sentencias importen una condenación actual y determinada (2).

¿Pero se puede llegar hasta permitir

(1) V. en este sentido Aubry et Rau, 4.ª ed. t. VIII, p. 118.

(1) Proc. 193 y 194. Cf. Bonnier, *Des Preuves*, p. 596; Garsonnet, t. III.

(2) V. Aubry et Rau, t. III, p. 429; Baudry et de Loynes, t II, p. 290; Huc t. XIII, p. 244.

que se dé hipoteca judicial al que no tiene más que un derecho eventual?

Los autores nos hablan de derechos condicionales, eventuales ó indeterminados, garantizados por hipoteca judicial. Pero se nos cita frecuentemente como ejemplos la condenación á daños y perjuicios que se deben fijar, lo que no es una condenación indeterminada, las sentencias que obligan á un mandatario, á un gerente, á rendir cuenta, lo que es también una condenación actual, pero cuya cifra no se ha determinado. Sería preciso presentar más claramente la cuestión y preguntarse si una resolución que constata una obligación de dar una cosa futura, ó una promesa de venta, sería capaz de producir una hipoteca judicial. La doctrina no ha resuelto esta cuestión.

Creemos que, habiendo dado lugar á una condenación la obligación eventual, habiendo sido condenado el deudor para el caso en que se formara completamente la obligación y de eventual se convirtiera en pura y simple, hay hipoteca. En efecto, hay hipoteca según la teoría más restrictiva siempre que, por las dificultades que ha promovido, el deudor ha sido causa de un proceso y de este proceso ha resultado la prueba del derecho de su adversario: y por consiguiente, una condenación.

La hipoteca judicial aparece en efecto como una sanción de la resistencia de una persona al derecho de otra.

Creemos que en jurisprudencia se vacilaría todavía menos en reconocer aquí la hipoteca. En efecto, los tribunales tienen una tendencia á ensanchar el dominio de la hipoteca judicial, y por el hecho solo de que la justicia haya tenido que constatar una obligación, deciden que esta obligación se sanciona con la hipoteca. La intervención de la justicia será, pues, siempre un medio de fortificar las obligaciones.

El dueño de un derecho eventual provisto de un instrumento privado que constata su derecho puede haber citado simplemente á su adversario para que reconozca la escritura. En semejante caso, se admite generalmente que se halla en presencia de una resolución que constituye un acto judicial. Aunque este concepto nos parezca criticable y que perturba nociones que habrían podido ser más sencillas, tengámoslo por admitido. En este caso, no vacilo en decir que, como en el caso precedente, debe haber hipoteca judicial; el artículo 2123 confiere en efecto la hipoteca á los reconocimientos ó verificaciones hechas en juicio de firmas puestas en un acto obligatorio privado. Y nos parece que el derecho eventual corresponde á algo suficientemente real para que el instrumento privado que lo constata pueda calificarse de obligatorio.

Resuelto este primer punto, averigüemos en qué fecha podrá inscribirse la hipoteca.

Creemos que hay que tener en cuenta el principio tan importante consagrado por la ley de 3 de septiembre de 1807. Nos parece que hay que decir que la hipoteca judicial anexa á un derecho eventual no podrá inscribirse hasta el día en que el derecho sea puro y simple. No dejará de objetarse que extendemos aquí este texto, que deroga el derecho común; que esta disposición no considera más que los reconocimientos de obligación en instrumento privado. Pero sin hablar de esta distinción entre el juicio de reconocimiento y el de condenación, que nos

parece criticable, estimamos que no se puede, sin ser ilógicos, aplicar la ley de 1807 sólo al reconocimiento de escritura privada. En efecto, un deudor perseguido antes de término vería á su acreedor inscribir una hipoteca judicial inmediatamente si este acreedor fundaba su derecho en una obligación verbal, y no tenía á su favor un instrumento privado. Querer limitar la ley de 1807 al único caso preciso que contempla, me parece por lo demás un desconocimiento completo de la voluntad de las partes, que debe desempeñar aquí un cierto papel. Cuando los contratantes, al ejecutar un acto que no prevé ninguna hipoteca, han entendido por eso rehusar al acreedor toda seguridad inmediata, no se puede aceptar que éste pueda hacerse conferir por la justicia una hipoteca general que inscribirá al punto.

La hipoteca no puede adquirir rango razonablemente sino desde el día en que vence la deuda y en que el deudor se encuentra ya en mora para pagar.

¿Puede el acreedor eventual desempeñar un papel en las distribuciones por vía de orden ó de contribución que se abran sobre los bienes del deudor, antes del vencimiento de su derecho? Nos parece que debe hacerse una distribución entre el caso en que el acreedor eventual se presenta como acreedor privilegiado ó hipotecario, y aquel en que pide un simple dividendo como acreedor quirografario.

En el primer caso, cuando un acreedor se presenta como un acreedor eventual que tiene un privilegio ó una hipoteca, no nos parece dudoso su derecho para obtener una graduación. Podrá, sin duda, haber lugar á una estimación del crédito si su monto es incierto, pero esta no es más que una dificultad de hecho que no afecta al alcance del principio.

Sin duda, no podrá obtener su monto actualmente. Se depositará provisoriamente en la Caja de Depósitos y Consignaciones, ó bien se pagará inmediatamente á los acreedores de orden posterior exigiéndoles promesa bajo caución de pagar al acreedor eventual si su derecho se convierte en puro y simple.

Queda por demostrar que es aceptable esta solución. Haremos notar primeramente que es admitida por toda la doctrina para el acreedor condicional que tiene hipoteca. Todos admiten que puede obtener graduación en el órden abierto (1).

No sobrepasamos, pues, el máximum que hemos indicado para los derechos del acreedor eventual. Pero probemos más directamente nuestra solución. Ella se nos presenta como una necesidad. Desde el momento que se ha admitido que un acreedor eventual podía tener una hipoteca, una prenda, una garantía real cualquiera, forzosamente hay que permitirle hacer valer este derecho en la distribución que se ha de abrir del precio del inmueble. Porque si se rechazara esta solución, ó se admitiría que la hipoteca del acreedor eventual subsiste todavía, y habría, por lo tanto, ciertas hipotecas que resistirían á la purga, lo que es inadmisible; ó bien se diría que se ha extinguido la hipoteca, y el acreedor eventual podría decir: me he hecho otorgar por un vendedor, para mejor garantizar mi acción en caso de evicción, una hipoteca sobre sus bienes, y sólo se me ha dado un fantasma de hipoteca; no he podido

(1) V. Larombière, t. II, p. 479; Aubry et Rau, 3.ª edit. t. IV, p. 114; Demolombe, t. XXXV, número 370; Colmet de Santerre, t. V, núm. 99 *bis*-I.

ni hacer actos de ejecución ni presentarme en el orden abierto. Creemos, pues, inevitable la solución que proponemos. Es, por otra parte, comunmente admitida cuando se trata de créditos del menor contra su tutor y debe generalizarse esta solución (1).

Pero supongamos, al contrario, un acreedor eventual que se presenta en una contribución ó en el orden abierto como simple acreedor quirografario. En este caso, también, si el acreedor fuera un acreedor condicional, se diría que puede obtener una graduación, pero sin poder recibir el monto del crédito por el momento. Esta es, en efecto, la doctrina más general (2).

Pero nos parece que en este caso el derecho del acreedor eventual no es suficiente para asemejarlo á un acreedor condicional. En efecto, no olvidemos una cosa: no es acreedor todavía, llegará á serlo el día en que se realice la eventualidad.

Por otra parte, admitiendo la solución contraria, se llegaría á abusos. Aún dando á las palabras acreedor eventual el sentido preciso y técnico que les hemos dado, se llegaría á permitir á muchas personas, por razones talvez muy inciertas, venir á disminuir el dividendo de los acreedores actuales. Un comprador de inmueble acreedor eventual de garantía, podría hacerse graduar por una suma que habría que estimar, lo que sería inaceptable en la práctica. Por lo demás, los acreedores eventuales no podrían quejarse razonablemente. Si querían poder presentarse en caso de quiebra, no tenían más que hacerse conceder una hipoteca. No tendrían más que mostrarse prudentes: *jura vigilantibus prosunt* podría decirse aquí sin ninguna exageración, porque se trata no de acreedores actuales sino de acreedores futuros.

Creo por lo demás que bastaría que el derecho eventual se convirtiera en actual antes de la clausura de la quiebra, y que se presentara inmediatamente, para que pudiera pretender una graduación. Aquí el retardo no sería imputable á la negligencia del acreedor. Sólo sería imputable á las circunstancias. Habría fuerza mayor que pone al abrigo de toda demanda de exclusión. Esta nueva atenuación permitiría establecer, sin ninguna injusticia, el principio que hemos admitido, y, es una materia toda de análisis como ésta, sentar una regla que satisfaciera á la vez todos los intereses.

¿Tiene el acreedor eventual el derecho de obtener una retención en manos del deudor de su deudor?

Se admite ya tanto en doctrina como en jurisprudencia que un crédito eventual puede ser objeto de una retención, que un simple deudor eventual puede ver á un acreedor de su acreedor hacer oposición entre sus manos. Puede considerarse este punto como establecido (1), aunque no siempre puedan invocarse á su favor las sentencias. A veces se ve, en efecto, la fórmula de que un crédito indeterminado ó eventual puede ser objeto de una retención, aplicada á créditos cuya existencia es simplemente dudosa (2). Sin embargo, hay sentencias en núme-

(1) V. Garsonnet, *Procédure*, t. IV, p. 562; Aubry et Rau, t. III, p. 544.

(2) V. los autores citados en la penúltima nota, excepto Larombière, que sostiene una opinión contraria.

(1) V. Cas., 29 oct. 1890, S. 91.1.440, con la nota de M. Balleydier. Cas., 27 nov. 1894, S. 96 1. 489 Garsonnet, t. III, núm. 600.

(2) V. Cas., 5 junio 1896, S. 1901-1. 314.

ro suficiente sobre retención de verdaderos derechos eventuales. Cuando este caso se produce, la retención no puede evidentemente perjudicar en nada al derecho del deudor eventual. No puede obligarlo á pagar inmediatamente. El tribunal debe esperar para resolver hasta que el derecho se convierta en definitivo, como lo ha reconocido, por lo demás, la Corte de Casación en diversas sentencias (1).

La cuestión que queremos examinar es diferente. Queremos averiguar si el acreedor eventual puede, desde luego, obtener una retención en resguardo de su derecho.

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones se ha negado á admitirlo para los acreedores á término ó condicionales (2). Parecería resultar de esto *a fortiori* que el acreedor eventual no puede obtener una retención.

Pero la jurisprudencia de la Corte de Casación admite que la oposición es un acto de conservación y que sólo el fallo de validez es un acto de ejecución. Esto nos parece que lleva á la solución lógica de que el acreedor eventual podrá hacer notificar su oposición, pero que deberá esperarse para validarla hasta que el derecho se convierta en puro y simple. Y nada parece oponerse á ello en las sentencias de la Corte Suprema. Ha admitido que no se podía obtener una retención por un crédito ilíquido (3), pero un crédito eventual puede ser líquido, su cantidad puede ser cierta. Hay error en confundir el carácter de ilíquido, estado de hecho, y la eventualidad, estado de derecho del crédito.

Después de haber expuesto el derecho común respecto á los actos conservatorios y á la facultad de proceder judicialmente del que tiene un derecho eventual, veamos las excepciones.

Las reglas que hemos establecido anteriormente no se aplican en todos los casos.

La teoría de los derechos eventuales, que se le creería fácilmente una, idéntica á sí misma en todas partes, tiene muchas diferencias, muchos matices. Y vamos á ver, en efecto, que en materia de sucesión se aplica un sistema especial.

Cuando una persona parece por el momento llamada á recoger la herencia *ab-intestato* de otra si ésta muriera en ese momento, se la califica á menudo en el lenguaje vulgar de heredero. Los hombres de ley dirán en todo caso que está llamada eventualmente á recoger tal sucesión, y se vería tentado á decir que hay en favor del futuro heredero un derecho eventual sobre la sucesión. El artículo 791 parece por lo demás favorable á esta manera de ver, al hablar de los derechos eventuales que se puede tener á una sucesión. ¿Puede hablarse así correctamente, por lo menos cuando se trata de un heredero no legitimario? ¿No tiene este pariente más ó menos lejano sino una simple esperanza, es decir, algo puramente extrajurídico? No tiene más derechos sobre la sucesión que los que yo tengo sobre una casa que deseo comprar cuando todavía no he comunicado á nadie mis intenciones; pues aquel de quien se llama heredero puede disipar sus bienes, perder su fortuna, desheredar á su familia instituyendo legatario universal á un extraño. Aún más, puede suceder que á

(1) V. Cas., 29 oct. 1890 y 5 junio 1896, antes citadas.

(2) V. Poitiers, 12 dic. 1876. S. 78. 2. 39.

(3) V. Cas., 22 junio 1870, S. 71. 1. 196; 22 agosto 1871, S. 71. 1. 197.

causa de las muertes que ocurran, haya en adelante herederos más lejanos que los que antes habían sido designados. Estos no tienen ningún derecho trasmisible. El mismo futuro heredero, viendo que es muy reducida la herencia ó muy complicada su liquidación, puede renunciar á ella. Sin embargo, el elemento primordial del derecho, el lazo de la sangre existe ya, se puede hablar aquí de derecho eventual.

En todo caso, se puede hablar ciertamente de derecho eventual, atribuyéndole el sentido preciso que damos á estas palabras, cuando se trata de un heredero legitimario, al abrigo, en parte al menos, de las donaciones ó legados que podría hacer el *de cujus*. El derecho puede todavía desaparecer por voluntad del heredero, pero existe á pesar de cualquiera voluntad contraria del futuro difunto.

Es igualmente permitido hablar de derecho eventual cuando se trata del beneficiario de una institución contractual, de un donatario de bienes futuros, ó con mayor razón de un donatario de bienes presentes y futuros; el donatario de bienes futuros se encuentra ya por contrato en la situación de un heredero lejitimario.

El donatario de bienes presentes y futuros tiene á más la ventaja de ser, si lo prefiere, á la muerte del *de cujus*, el beneficiario de una promesa de donación que producirá (sin controversia posible, puesto que el Código lo dice en el artículo 1084) los efectos que hemos reconocido anteriormente á las otras promesas de contrato; promesa de venta especialmente. La única diferencia, que por lo demás no tiene nada de esencial, es que la aceptación de esta promesa no podrá tener lugar sino después de una fecha fija: la muerte del donante.

¿Tienen estos dueños de derechos eventuales, mientras vive la persona de que son herederos legitimarios ó donatarios, la facultad de obrar en resguardo de sus derechos, de ejecutar actos conservatorios?

Si nos contentáramos con aplicar aquí as reglas que hemos establecido anteriormente, no podríamos decir sin duda que un heredero puede, durante la vida del *de cujus*, reclamar su reserva, lo que es un derecho de ejecución, pero podríamos por lo menos permitirle ciertos actos conservatorios, podríamos también, en caso de fraude, permitir al heredero legitimario proceder desde luego para atacar el acto fraudulento dirigido contra él, la donación disimulada bajo forma de venta que el padre puede hacer para privar á un heredero de su reserva. Estas diversas medidas nos parecerían admisibles, aunque no esté plenamente determinado el derecho del heredero, que varía en su cifra según el enriquecimiento ó empobrecimiento de aquel de quien es heredero.

Pero el derecho de sucesión tiene reglas particulares: hay un sentimiento de conveniencia que nos impide ver con mirada favorable que un heredero ejecute actos conservatorios, cuando vive todavía aquel á quien vá á heredar. Hay también una intrusión en los asuntos de un pariente incompatible con el secreto de los negocios, el secreto del patrimonio, al cual se dá tanta importancia en nuestro mundo tan individualista, y no puede aceptarse fácilmente esta intrusión.

Son estos verdaderos argumentos contra las medidas conservatorias, porque considero en poco aquí los artículos 920

y 1090, que dicen que la reducción se opera al abrirse la sucesión. No tratan de medidas conservatorias.

En todo caso no puede hablarse de ellas para los herederos no legitimarios, porque puede privárseles por testamento de sus derechos.

A pesar de estas graves razones fundadas en consideraciones sociales, se puede imaginar fácilmente casos en que la legítima se hallara en peligro por actos cuyos efectos podrían atenuar las medidas conservatorias. La doctrina moderna aplica rigurosamente principios de lógica estrecha, y decide unánimemente que nada puede hacerse por el momento. El tercero donatario que se beneficia en detrimento de la legítima disipa sus bienes, los transforma en título al portador fáciles de disimular, poco importa. El padre ó el descendiente que quiere afectar la legítima ejecuta actos simulados cuyo carácter, fácil hoy de probar, lo será mucho menos más tarde. También poco importa. "La legítima es un derecho de sucesión, la acción de reducción no puede abrirse sino con la misma sucesión, las personas á quienes la ley acuerda una lejítima no estarían autorizadas, por serios que fueran sus temores de verla convertirse en ilusoria, para tomar ó provocar medidas conservatorias (1)".

Sólo Demolombe, con una gran prudencia, ha reconocido que podría á veces en casos extremos, tomar medidas conservatorias, especialmente una hipoteca sobre los bienes del difunto (2). La jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta medida; por lo ménos la Corte de Casación, en el único fallo que se encuentra sobre la cuestión (fallo muy antiguo, es cierto) ha autorizado, medida aún más tímida, al hijo de una mujer que se volvió á casar para intervenir en una instancia promovida por ella para hacer reducir las ventajas indirectas que había concedido á su segundo esposo (1).

¿Abandonaría la Corte Suprema este precedente, si se presentara la ocasión, y se plegaría á la estricta lógica de la doctrina, ó preferiría seguir el camino ya indicado por ella, guardándose de la exageración aún de los mejores principios, de los que están más en armonía con las conveniencias y el estado social? Es imposible pronunciarse sobre este punto.

En todo caso, el heredero legitimario tendría á veces el recurso de la demanda de interdicción contra el padre disipador que amenaza afectar su reserva. Quizás también se podría, sin chocar con los principios admitidos, darle actualmente una acción contra los terceros. En cuanto á los que se hacen cómplices, con pleno conocimiento, por medio de la aceptación de una donación, simulada ó nó, de un acto que afecte á la legítima, cometen un delito civil. Este delito no producirá inmediatamente sus consecuencias dañosas para el heredero: ellas sólo se realizarán al abrirse la sucesión. Sin embargo, hay ya eventualmente contra el tercero un derecho á reparación, y ¿no podría este derecho, extraño en su fundamento á las ideas que prohiben al heredero el ejercicio anticipado de la legítima, dar lugar á medidas conservatorias?

Las soluciones admitidas deben exten-

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 184; Baudry et Colin, *Donations*, t. I, p. 356; Huc, t, VI, p. 213, Valette, *Cours*, t. I, p. 237.—Cf. Larombière, t. II, p. 483.

(2) T. XIX, núms. 199 á 204.

(1) Cas. civ., 27 marzo 1832, S. chr., t. VII, p 44

derse del caso de un heredero legitimario al del que ha sido instituido por contrato. El uno y el otro tienen los mismos derechos: su situación es idéntica (1).

La doctrina ha estudiado en general muy poco la donación acumulativa de bienes presentes y futuros para haberse preocupado de saber si deberían existir ciertas diferencias entre este caso y el anterior. Nos parece que en razón del derecho conferido sobre los bienes presentes al donatario, puede ya éste ejecutar actos conservatorios.

Sin duda, como se lo reconoce, el donatario no podría oponerse á una enajenación gratuita ú onerosa de los bienes donados: el donante permanece siendo propietario hasta su muerte. El donatario podía simplemente en esta época recobrar los bienes enajenados en manos de los terceros.

Pero lo que puede sostenerse es que el donatario tendrá el derecho de ejecutar actos simplemente conservatorios: podrá intervenir en un juicio de reivindicación que sostenga el donante respecto de los bienes donados, porque es más ventajoso para él que quede el bien en la sucesión del donante. Podrá también, si se ha ejecutado un acto en fraude de sus derechos, hacer establecer desde luego el fraude: demostrar ante el tribunal que se habían enajenados bienes furtivamente para que no pudiera saber quien los había adquirido. Esta prueba fácil al principio, puede en efecto ser muy difícil más tarde, á causa de la desaparición de indicios y de testigos.

Creemos, pues, en una palabra, que los actos puramente conservatorios son permitidos al donatario de bienes presentes y futuros. (1)

De que los actos conservatorios son en principio prohibidos al instituido contractualmente, no resulta que éste no pueda tener los demás derechos que se confieren á cualquier otro acreedor eventual: especialmente creemos que puede en el acto de donación hacerse otorgar una hipoteca sobre los bienes donados ó sobre otros, hipoteca que fortificará la acción que podría tener que ejercitar si se enajenan á título gratuito muebles que le han sido donados y no puede reivindicarlos en razón del artículo 2279. En este caso el donatario de bienes futuros tiene derecho á una indemnización. La reclamación que formulará se encontrará fortificada por una hipoteca. No creemos que pueda razonablemente negarse su validez. (2)

El donatario de bienes futuros ó de bienes presentes y futuros, podría durante la vida de donante querer ceder su derecho ó renunciar á él. Este acto sería prohibido ciertamente á un heredero legitimario como pacto sobre sucesión futura ó como renuncia anticipada á una sucesión. Pero no creemos que haya que llevar la semejanza con el heredero legitimario hasta el punto de extender esta prohibición. No podemos admitir esta extensión sin razón del artículo 791 y del artículo 1130. Habiendo autorizado el Código el pacto sobre sucesión futura llamado institución contractual, nos parece más razonable admitir que la renuncia á este mismo pacto puede considerarse como prohibida. Permitiendo lo

(1) V. Aubry et. Rau, t. VIII, p. 80; Demolombe, XXIII, p. 353.

(1) *Contrà* Aubry et Rau, t. VII, 4.ª ed., p. 328.

(2) V. Demolombe, t. XXIII, p. 360 y sig.—*Contrà*, París, 9 feb. 1875, S. 75.2:129.

uno, se ha autorizado por lo mismo lo otro.

Sin embargo, admitido este principio, agregaremos que tiene necesariamente ciertas restricciones. Por de pronto, si el donatario de bienes futuros puede disponer de su derecho propio, no puede disponer del de los demás. Y la donación se hace también, hay que recordarlo, en provecho de los hijos nacidos ó por nacer del matrimonio. El instituido nominalmente no podría disponer del derecho de estos últimos.

Además, durante el matrimonio, no podría considerarse válida una renuncia de parte del instituido, porque importaría una violación de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. Sólo, pues, en muy raros casos serán válidos los actos en cuestión. Sin embargo, es útil sentar el principio de la validez, porque, disuelto el matrimonio, permitirá al mismo instituido ó á él y á sus hijos nacidos del matrimonio, ceder sus derechos ó renunciarlos. Pero estas derogaciones al derecho común cesarían después de la muerte del *de cujus:* entre este momento y el de la aceptación del derecho ofrecido, el heredero, el donatario de bienes futuros, sería un acreedor eventual ordinario, que tiene el derecho de ejecutar actos conservatorios. (1)

Hemos visto las ventajas que confiere normalmente el derecho eventual. Acabamos de ver también como se debilita en su alcance este derecho cuando versa sobre una sucesión no abierta. Hay casos en que, en sentido inverso, el derecho eventual aparece tan semejante á un derecho á término, que es difícil notar la diferencia, y entonces el derecho eventual se encuentra tratado prácticamente como un derecho actual.

Es lo que sucede en el caso en que se haya causado un daño, cuando el daño, en vez de realizarse instantáneamente, se realiza poco á poco.

Cuando se ha cometido un acto ilícito que acarrea responsabilidad, se comprende fácilmente que mientras no se ha realizado el daño aún en parte, el derecho á indemnización no es más que un derecho eventual. Así ocurre cuando se ejecuta un acto que ha disminuido la solidez de un edificio, que, sin dañarlo actualmente, abreviará su duración.

Pero un daño puede haberse realizado sólo en parte y ser eventual en lo demás. Para no citar más que el ejemplo más práctico, cuando una persona ha sido víctima de un accidente, y ha recibido lesiones internas ó el accidente le ha causado una enfermedad, á menudo el daño sólo se ha realizado parcialmente el día en que se inicia el proceso de reparación. En cuanto al daño pasado, el crédito por una indemnización es actual. Pero en cuanto al daño futuro, el crédito es todavía eventual. Está subordinado al perjuicio que se realizará en un año, en dos, ó todavía más tarde. Sin duda se puede prever en cierta medida cual será el daño, y cual debe ser para el porvenir la importancia del crédito de indemnización. Pero esto no es más que una previsión incierta, tan incierta que la ley de 9 de abril de 1898 ha debido prever la pobibilidad durante tres años de revisar el monto de la indemnización á los obreros heridos.

En caso de daño producido por heridas ó accidentes, hay pues frecuentemente en el momento en que se inicia el juicio, á menos que ya el herido haya sanado, un

(1) V. Aubry et Rau.

doble crédito: crédito actual por el daño pasado, crédito eventual por el daño futuro. En este caso el derecho eventual es tratado siempre en la práctica como si fuera actual, y nadie ha pensado en discutir esta manera de proceder. Se ha admitido sin la menor vacilación que el tribunal podía pronunciarse sobre las consecuencias del daño futuro. Se ha admitido también sin dificultad que este derecho podía ser objeto de una cesión, de una renuncia, que podía garantizarse. Y se admite todavía, lo cual es una diferencia con el derecho eventual ordinario, que el derecho á indemnización está garantido en el todo por una hipoteca que adquieren rango inmediatamente. Es esta manera de tratar este derecho eventual lo que hace que la justicia acuerde á menudo indemnizaciones muy pequeñas ó muy subidas. Se establece el daño futuro sobre previsiones que pueden ser erróneas: se cuenta con que resultará del accidente tal ó cual incapacidad para el trabajo. El herido sana, se mejora su situación sin que lo hayan previsto los médicos, ó por el contrario su estado sufre una agravación inesperada. Esos son los resultados inevitables de una apreciación hecha de antemano. A pesar de este error evidente en juzgar de este modo un derecho eventual incierto en su duración, hay ventaja en proceder así, en simplificar los procesos en vez de multiplicarlos, en no retardar el pago de indemnizaciones que se han de deber, en autorizar el proceso antes de que sean debidas. Se puede desear, sin embargo, que los tribunales, fuera de los casos previstos por la ley de 1898, que limita á tres años el tiempo para hacer revisar la indemnización, procedan de la manera siguiente. Se puede desear que en vez de hacer una aplicación no susceptible de revisión, declaren que en ciertos intervalos se podrá, si hay cambios graves en el estado del herido, modificar más ó menos el monto de la indemnización acordada. Sería justo dejar abierta la puerta á modificaciones, como ocurre cuando se concede una pensión alimenticia en virtud del artículo 205 del Código Civil.

Pero, fuera de esta diferencia que es justo introducir en la práctica, no vemos inconveniente en tratar, como se ha hecho, al derecho eventual como un derecho actual.

El carácter especial de estos derechos eventuales que así se los asemeja á derechos actuales, no debe por lo demás extrañarnos. Porque nos hallamos en presencia de una eventualidad que se refiere á la ejecución del derecho más bien que á su existencia. El derecho á indemnización existe, y el daño que se realizará poco á poco no hará sino fijar su extensión.

Prosigamos el examen de los derechos del acreedor eventual y averiguemos si puede exigir que el deudor ejecute el acto que transformará la obligación en obligación pura y simple. No nos parece que se pueda responder á esta pregunta de una manera absoluta. Nos parece que debe resolverse en cada caso según la voluntad de las partes. Si una persona me ha prometido venderme su casa á tal precio si ella quiere vender, no puedo influenciar su voluntad y obligarla á querer vender. Al contrario, si una persona me ha prometido una cosa futura, está obligada á hacer lo posible para que esta cosa futura llegue á existir, por lo menos está obligada á no impedir que nazca esta cosa futura. Si he comprado á una persona su próxima cosecha, no tiene el derecho de abstenerse de los cuidados necesarios para que esta cosecha sea buena,

con mayor razón no tendrá el derecho de cortar los árboles frutales. En efecto, al mismo tiempo que se me ha conferido un derecho eventual sobre los frutos, se me ha conferido tácitamente el derecho actual de exigir los cuidados necesarios para que sea creada la cosa futura y llegue á su madurez. Esto se esplica por lo demás fácilmente: en este último caso, nos hallamos en presencia de una eventualidad que sólo impide la ejecución. La obligación existe, pues. Sin embargo, notemos que no será lo mismo tratándose de la eventualidad que se refiera á la falta de existencia de un contrato principal, pues aquí es diferente la intención de las partes.

Supongamos que el deudor haya ejecutado alguno de estos actos que le son prohibidos, que haya impedido que llegue á existir la cosa futura prometida. ¿Se le aplicará la regla de que "la condición se reputa cumplida cuando es el deudor impedido bajo esta condición el que ha impedido su cumplimiento?" El artículo 1178, que contiene esta disposicion, establece contra el deudor condicional una verdadera pena privada, puesto que á pesar de todo se encontrará obligado; sin su intervención, había pocas probabilidades de que se cumpliera la condición. Nos parece por este motivo más prudente decidir que el artículo 1178 no puede extenderse al caso en que se trata de derecho eventual. El tribunal tendrá, pues, que preguntarse si, sin la intervención del deudor, habría podido existir la cosa futura, y según su examen, condenar ó no al deudor á una indemnización.

Se puede examinar todavía desde otro punto de vista los derechos del acreedor eventual en caso de mala fe ó de negligencia del deudor eventual. Puede preguntarse si puede, como un acreedor condicional, oponerse á los deterioros que cometiera el propietario en la cosa prometida eventualmente. Así, un propietario ha firmado una promesa de venta de su inmueble. ¿Podría el que estipuló, ántes de haber hecho uso de la promesa de venta, impedir al propietario demoler las construcciones, transformar la cosa de modo que disminuya su valor? Creemos que sí. Sería en efecto, abusivo que debiera dejar que la cosa perdiera todo su valor, corriendo el riesgo de tener un derecho inútil. Se dirá, sin duda, que no tiene más que usar de la promesa y manifestar su voluntad. Pero el pacto ha podido prohibirle esta manifestación antes de un plazo dado; puede tener necesidad de reflexión, de esperar los acontecimientos que han de dictarle su conducta. Puede suceder que sólo más tarde tenga los capitales con qué pagar.

(Continuará)

DERECHO

DE LA NATURALEZA Y DE LOS EFECTOS DEL DERECHO EVENTUAL

POR M. R. DEMOGUE

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

(*Conclusión*)

Pero ¿podría aceptarse la misma solución en el caso inverso, en el caso de promesa de comprar? El propietario que se ha adherido á la promesa ¿queda dueño absoluto de su cosa? También aquí, aunque se pueda vacilar más, creemos que puede admitirse la solución desfavorable al propietario, porque habría también inconveniente práctico en dejarle depreciar su cosa, y ofrecer al adquirente un objeto sin valor. Vale más prevenir que curar. El propietario que ha aceptado la promesa de compra debe culparse á sí mismo de haberla aceptado ó de no haberse reservado el derecho de transformar la cosa. Si no lo ha hecho, que obtenga entónces el consentimiento del promitente.

Y debe generalizarse la solución dada en estos dos casos especiales. Se aplicará siempre el principio de que el que está obligado eventualmente á una cosa, no puede deteriorar esta cosa, y el acreedor eventual puede impedirlo judicialmente. Y habrá ocasión de poner en práctica esta regla, sea en el caso de hipoteca por deuda futura, sea en el de promesa de una cosa bajo condición de obtener autorización para enajenarla.

Los deterioros que puede sufrir la cosa prometida, sobre la que no se tiene más que un derecho eventual, presentan una última dificultad: la de los riesgos. El propietario á quién se ha hecho una promesa de compra, no puede obligar á tomar los restos de la cosa si esta perece; á tomar lo que queda de una nave si ha habido naufragio, porque, formándose el contrato sólo en el instante en que viene á unirse el último de sus elementos, sólo entónces se puede examinar si á más del consentimiento existen los otros

elementos. Esto está conforme por lo demás con la intención de las partes.

Pero puede haber mayor vacilación cuando se trata de simples deterioros parciales.

Se trata de una casa. El día en que el promitente quiere comprar, el día en que el propietario anuncia al que había hecho la promesa de compra que quiere vender, el techo ha sido volado por un huracán, ó una inundación ha destruído uno de los departamentos.

¿Puede el comprador valerse de la disposición del artículo 1182 y pedir, si hay deterioro sin culpa del deudor, la resolución de la obligación? Y si hay culpa ¿puede todavía pedir la resolución ó una indemnización por el perjuicio sufrido, á su elección?

No creemos que sea posible extender aquí las reglas del artículo 1182. Sin duda, si hay deterioro por culpa del deudor, el promitente podrá pedir una indemnización ó podrá obtener que se resuelva la convención en virtud del artículo 1184: el deudor ha faltado á su obligación de abstenerse de culpa, y cae bajo la disposición de este artículo.

El punto verdaderamente difícil es, pues, el caso de deterioro fortuito. No hemos vacilado, en muchos casos, en hacer extensivos al acreedor eventual ciertos derechos del acreedor condicional, cuando nos ha parecido que así lo requerían las necesidades prácticas. Pero tememos que sea exagerado hacer aquí lo mismo. La ley ha hecho una especie de cálculo en globo para repartir las malas consecuencias en caso de deterioro fortuito. Es una especie de principio de transacción del cual habría podido prescindir la legislación, y que únicamente podemos aplicar al caso especial que considera.

¿Puede el acreedor eventual prevalerse de los dos beneficios que acuerdan á todo acreedor los artículos 1166 y 1167 del Código Civil? Veamos primero si puede entablar la acción oblícua del artículo 1166.

La respuesta es fácil. La doctrina, á falta de jurisprudencia, ha admitido de una manera casi unánime que la acción indirecta constituía más bien que un acto conservatorio, casi un acto de ejecución, y en consecuencia ha rehusado al acreedor á termino ó condicional el derecho de prevalerse de este beneficio. Se ha temido con razón una intrusión excesiva de los acreedores en los asuntos de su deudor (1).

Con mayor razón el acreedor eventual no podría, con el débil derecho que tiene, pretender usar de la acción oblícua. El punto es tan evidente que no hay para qué insistir (2).

De la misma manera conviene resolver también la cuestión de si puede entablar la acción pauliana el acreedor eventual. La doctrina más general enseña hoy que los acreedores bajo condición suspensiva no pueden usar del beneficio de la acción pauliana (3), porque esta acción está fuera del círculo de los ac-

---

(1) Demolombe, t. XXV, p. 100; Baudry et Barde, *Obligations*, t. I, p 540; Aubry et Rau, t. IV, 5.ª ed., p. 200; Huc, t. VII, p. 257; Laurent, t. XVI, p. 531.

(2) V. Baudry et Barde, p. 541, nota.—Lyon, 22 mayo 1885, *Pand. fr.*, 86. 2. 362, en un caso en que se ha calificado de derecho eventual un simple crédito de indemnización por accidente todavía no porbado.

(3) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 216, nota 1 *bis*; Laurent, t, XVI, p. 533; Baudry et Barde, t. I, p. 601; Huc, t. VII, p. 294.

tos conservatorios. No habiendo duda á propósito de la acción del artículo 1167 cuando se trata de un acreedor condicional, no podría haberla respecto á un acreedor eventual. Tanto más cuanto que en ambos casos se hallaría en presencia de la misma dificultad. El acto ha sido anulado, vuelve el bien enajenado á manos del deudor culpable. Pero entonces ¿qué hacer? No se le puede tomar, porque no ha llegado el vencimiento del crédito, puesto que éste está todavía en suspenso.

Habría que dejar, pues, en manos del deudor el bien que se ha hecho volver á su patrimonio, y sería entonces bien inútil haber intentado la acción. O habría que admitir que la justicia tendría el derecho de poner en secuestro el bien enagenado fraudulentamente. Y esta medida, aunque prudente, no parece posible en el estado actual de los textos. Nuestro derecho civil está todavía muy penetrado de individualismo para ello.

De la trasmisión de los derechos eventuales

¿Cómo puede dejar de pertenecer al acreedor el derecho eventual? Según nosotros, el derecho eventual como cualquier otro derecho, es trasmisible por causa de muerte ó entre vivos.

Es trasmisible por causa de muerte, pues me parecería difícil admitir que habeindo obtenido una persona una promesa de venta, su heredero no podrá aprovecharla, que teniendo una persona un crédito de cosa futura, su heredero na le sucederá en este derecho.

Haremos notar solamente que podría ser de otro modo por excepción, si hubiera estado en la intención de las partes, ó si parecía de la naturaleza del derecho prometido eventualmente que el derecho sólo pudiera nacer entre los que han participado originariamente en la convención; si, por ejemplo, se tratara de una promesa unilateral de usufructo ó de renta vitalicia.

Agregaremos también que la situación de uno de los contratantes no podrá encontrarse modificada por la muerte del otro de la manera siguiente.

Si muere el beneficiario de una promesa de venta, dejando muchos herederos, éstos deberán acordar la resolución que han de tomar, y en su defecto debería resolver el tribunal, pues no sería conforme á la intención de las partes que cada heredero pudiera por su parte transformar la promesa de contrato en un contrato.

Los derechos eventuales, como por lo demás los derecho futuros, son susceptibles de cesión. Es este un punto que ha sido puesto en evidencia por M. Huc (1). Así por ej.: se puede ceder la renta de un empleo antes del nombramiento, ó una simple promesa de venta antes de su realización. Así también en las pólizas de seguros las compañías estipulan ordinariamente que el asegurado cede á la compañía todos sus derechos futuros que puedan resultar del siniestro contra los terceros responsables. A menudo, es cierto, estas cesiones están disimuladas en la forma de una subrogación de la compañía en los derechos del asegurado (2). Se lee textualmente en las pólizas que el asegurado subroga al asegurador en sus derechos contra los terceros sin

(1) *Cession de créances*, t. I, p. 247 y sig.

(2) V. Cas. 31 enero 1866, D. 66. 1 69; Laurent, t. XXIV, p. 16.

necesidad de cesión ó traspaso. Pero los términos que emplean las partes no pueden destruir la verdad jurídica. Las compañías no pueden decir que han sido subrogadas, cuando se trata en realidad de pagar sus propias deudas y no las de otro, cuando pagan una suma que puede ser mucho mayor que la debida por el tercero responsable. Hay, pues, una verdadera cesión de crédito futuro, con los inconvenientes que pueden resultar para las compañías. Exigiendo la cesión para poder oponerse á terceros una notificación, las compañías no tendrán un derecho que puedan oponer á cualquiera sino desde el día en que, conociendo ya á los terceros responsables del siniestro, les hayan hecho notificar la cesión. Pero antes el asegurado poco honrado habrá podido ceder este mismo crédito de indemnización á un nuevo cesionario, y bastará que éste haga notificar primero su cesión para que sea preferido, salvo el recurso de la compañía contra él si está de mala fe. Será, pues, para la compañía una situación que exige alguna prudencia, pero podría, por lo menos en el seguro contra incendio, resguardarse en parte haciendo notificar la cesión á los arrendatarios y á los vecinos, pues nada impide prevenir á los deudores posibles que si llegan á ser deudores lo serán, no del propietario, sino del asegurador.

A primera vista pueden parecer extrañas estas notificaciones anticipadas á deudores inciertos. Pero la jurisprudencia nos ofrece ejemplos. La Corte de Casación (26 mayo 1886, S. 86. 1. 256) ha tenido que resolver el caso en que el cesionario de un precio de licitación había notificado su compra antes de esta licitación á diversas personas susceptibles de llegar á ser adjudicatarias. Lo que se ha hecho en una cesión de precio de adjudicación puede hacerse también en una cesión de crédito de indemnización; estos ejemplos de cesiones de derechos futuros permiten *a fortiori* considerar como válidas las cesiones de derechos eventuales: sería el caso del cesionario de un crédito futuro que vendiera el derecho eventual que tiene sobre este crédito futuro (1).

De los modos de extinción del derecho eventual

Hay modos de extinción de los derechos cuya aplicación á los derechos eventuales no ofrece ninguna observación. Así, basta decir que un derecho eventual puede extinguirse por confusión, ó por haber sobrevenido un impedimento que haga imposible el cumplimiento de la obligación. Y aquí no sólo no puede ponerse en duda el principio, sino que las aplicaciones que pueden hacerse no parecen dar lugar á otras dificultades que las aplicaciones ordinarias.

Otros modos de extinción, por el contrario provocan algunas observaciones: por de pronto la renuncia. Se puede renunciar á un derecho eventual como á cualquier otro derecho. Por lo demás, el Código Civil mismo prevé en muchos artículos las renuncias de garantías, que no son más que renuncias de un derecho todavía eventual (art. 884,–2, art. 1627, art. 1634). ¿Es éste un rasgo distintivo entre el derecho eventual y la mera expectativa, ya que ésta no nuede ser obje-

(1) Sin embargo, la práctica tiende á admitir las cesiones accesorias de derechos eventuales sin notificación (V. Cas. 12 nov. 1884, S. 86. 1. 149. Nancy, 14 nov. 1905. *Gaz. Pal.*, 19 dic., v. *Rev.* 1905, p. 168.)

to de una renuncia válida, como se ha pretendido? (1) Así se ha dicho argumentando que, según los textos mismos del Código, no se puede renunciar de antemano á la prescripción, ni á una sucesión no abierta, ni á una comunidad no disuelta (arts. 2220, 791 y 1453).

Se puede aún agregar en este sentido que no se puede, por lo menos según una opinión muy generalizada, renunciar de antemano al beneficio del término de gracia: lo que se concibe, pues el término de gracia ha sido establecido para evitar en la ejecución de las obligaciones medidas draconianas contrarias á los sentimientos de humanidad (2).

Sólo hay que reconocer que las renuncias á verdaderas expectativas se admiten en otros casos. La opinión más general cree que se puede renunciar de antemano á la compensación (3). Y nos parece que también se podría, en procedimiento, renunciar de antemano á oponer una incompetencia relativa, ó renunciar al derecho de apelar.

En realidad si se examinan estos diversos casos y la manera como los tratan los autores, se ve que siempre se presenta la cuestión de saber si el derecho á que se trata de renunciar es de orden público. Se podría pues considerar que en realidad se puede renunciar á todos los derechos eventuales ó futuros que no son de orden público y únicamente á éstos.

Por lo demás, la renuncia á un derecho no es en suma más que una contra-obligación. No es más que una convención extintiva de un derecho. Ahora bien, el artículo 1130, al establecer que las obligaciones pueden tener un objeto futuro, implica que las renuncias pueden versar no sólo sobre un derecho eventual, sino sobre un objeto futuro, una mera expectativa.

Por otro lado, si se examinan los casos prácticos en que pueden producirse las renuncias de que hablamos, nos parece justo reconocer que casi siempre se tratará de derechos eventuales ¿Acaso una persona dirá de antemano á otra con la cual no la liga ningún lazo jurídico: renuncio á invocar en contra suya la compensación, la incompetencia relativa? De ningún modo. Siempre y en todas partes, esta cláusula se insertará á propósito de un contrato determinado, de las dificultades de ejecución que podrá suscitar. Y entonces el derecho á que se habrá renunciado aparecerá ya como eventual. Será quizás una eventualidad de clase inferior, pues la eventualidad no es una cosa parecida siempre á sí misma. Se debilita á medida que necesita más elementos para que esté completo el derecho; pero desde que hay ciertos elementos reunidos, hay eventualidad.

¿Habrá que decir que es válida la renuncia á invocar tal derecho en todos los negocios que se tengan con tal persona? No creemos que ello se pueda sostener, y su objeto nos parece insuficientemente determinado. La cuestión es muy poco práctica para que sea de importancia su discusión. Basta referirnos á lo que hemos dicho sobre la determinación del objeto.

Sin embargo, observemos que resulta de toda esta discusión una cosa, y es que no se puede encontrar en nuestra mate-

---

(1) V. Aubry et Rau, t. IV, p. 332.

(2) V. Laurent, t. XVII, núm. 571; Demolombe, t. XXV, p. 564 y sig.; Planiol, t. II, p. 125: Colmar, 25 de julio de 1850, S. 51. 2. 227. París, 16 sept. 1869.

(3) V. Aubry et Rau, t. V, p. 394; Colmet de Santerre, t. V, núm. 21 *bis* III.

ria un criterio que se base en la distinción del derecho eventual y de la expectativa ó mera esperanza.

¿Es susceptible actualmente de pago el derecho eventual? En principio, lo mismo que en una deuda condicional, no hay actualmente pago válido. Todo pago supone una deuda, y como actualmente no se debe nada todavía, habría lugar á repetición, como si se hubiera pagado anticipadamente una deuda condicional. Bastará, como en este caso, que haya un pago hecho por error.

Pero el deudor eventual puede haber pagado con conocimiento de causa, para que la deuda estuviera ya pagada el día mismo en que la obligación llegara á ser pura y simple. En este caso, como no hay ningún error, no puede haber lugar á repetición, sino el día en que sea cierto que no se ha de realizar la eventualidad. En consecuencia, la situación será la siguiente: el pago será considerado desde luego como válido, porque no hay error; y por otra parte, hay actualmente una causa, una explicación jurídica suficiente. Los otros acreedores no podrán pues reclamar las sumas dadas si los negocios del deudor se encuentran en mal estado, y quieren recuperar el dinero pagado en virtud de la acción oblícua. El acreedor eventual tendrá pues una situación favorable respecto á los demás. No será considerado como simple depositario ó prendario, lo que en el primer caso sólo le hubiera dado una situación precaria, y en el segundo habría exigido las formalidades constitutivas de la prenda. Se puede decir, pues, en este sentido, que puede haber verdaderos pagos eventuales (1). Sin duda el pago es actual, considerado como hecho natural; pero su efecto extintivo sólo podrá producirse eventualmente, el día en que nazca el crédito. Si el crédito no se realiza, si llega á ser cierto que no podrá existir el objeto futuro, entonces el pago carece de causa, no tiene explicación jurídica, debe repetirse.

Por lo demás, las soluciones que proponemos podrían aplicarse, *mutatis mutandis*, al pago anticipado de una deuda condicional.

La compensación legal no puede tener lugar en las deudas eventuales, ni aún entre dos deudas eventuales; pues no son exigibles. Pero podría tener efecto la compensación facultativa. El que tiene un crédito actual y una deuda eventual podrá convenir con su deudor en que se compensen las dos deudas. Por el momento no se considerarán todavía como extinguidas las dos deudas: subsistirán las garantías que tengan. Habrá simplemente un término incierto que podrá oponerse á la exigibilidad. Después ó la eventualidad esperada no se realizará, y entonces el acreedor podrá ejercitar su derecho; ó se realiza la eventualidad, y quedarán extinguidas las dos deudas. Se llegará de este modo á cumplir la intención probable de las partes, que no parece que hayan querido que se extinga en todo caso el crédito actual. El acreedor actual se encontraría garantido contra la insolvencia del deudor si éste cayera en falencia y no se realizare la eventualidad; tendría siempre el beneficio de las cauciones y podría por el momento presentarse, si no en las contribuciones, por lo ménos en el orden abierto, porque ha llegado á

(1) Y la ley de 1898 ofrece un ejemplo cuando admite que las indemnizaciones por accidentes del trabajo pueden reemplazarse en ciertos casos por el pago de un capital.

ser acreedor bajo una eventualidad inversa de aquella bajo la cual le debía la otra parte.

Un acto eventual puede hallarse expuesto á una acción de nulidad ó de rescisión. En semejante caso se presenta una cuestión, cuando esta acción se funda en la lesión: ¿desde qué momento empezará á prescribir? Un propietario de inmuebles ha firmado una promesa de venta. Se hace uso de esta promesa. ¿A contar desde qué época corre el plazo de dos años para establecer que hay lesión? El artículo 1676 dice que es desde el día de la venta. Habrá pues que concluir que el plazo no correrá antes de la aceptación de la promesa, y aún que antes de esta época no se podrá entablar acción de nulidad, porque, calculándose la lesión de los siete doceavos en el momento de la venta, no se sabe todavía si hay lesión. Y así el firmante de la promesa de venta se aprovechará de las probabilidades de mayor valor (1).

Y estas soluciones deberían aplicarse al caso en que hubiera promesa de partición, cuando un heredero ha prometido á otro su adhesión á un proyecto de partición si los demás se adhieren igualmente. Hay una promesa de partición que no es más que un contrato eventual, y que no podrá atacarse en caso de lesión sino después que se haya transformado en partición.

¿Afectaría una ley nueva el derecho de un acuerdo eventual? Se presenta ordinariamente como un rasgo característico del derecho condicional que subsiste aún cuando se promulgue una ley nueva que habría impedido celebrar la convención sometida á una condición. No creemos que bajo este punto de vista difiera por completo el derecho condicional del derecho eventual. El derecho eventual nacido de un contrato nos parece ya suficientemente fuerte para poder resistir al efecto de una nueva ley. El beneficiario de una promesa de contrato debería, á pesar de todo, obtener las ventajas que confiere el contrato según la ley antigua sin que esta ley se las restringiera ó extendiera, pues las partes han entendido dar á su convención el alcance que tenía según la ley antigua. Pero podría impedirse que el contrato produjera efectos que la ley nueva declara contrarios al orden público.

Otra cosa sería tratándose de un derecho eventual puramente legal; sería necesariamente anulado por una nueva ley: como el derecho á la legítima, si una nueva ley aboliera las legítimas.

¿Cuál sería la solución para un derecho eventual nacido de un acto unilateral: por ejemplo, una renuncia á un derecho futuro? Creemos que la renuncia, no teniendo aún una existencia actual, sería anulada por una ley que impidiera estas renuncias, pero que si la nueva ley se limita á interpretar el alcance de la renuncia no produciría efecto en el acto ejecutado.

¿Cuál es el papel de la prescripción en los derechos eventuales? El derecho condicional, según el artículo 2257, no se prescribe mientras no llega la condición. Por consiguiente, poco importa que la condición no se realice hasta después de treinta años, puede todavía realizarse válidamente para el acreedor. Cuando la convención establece expresa ó tácitamente que la condición sólo podrá realizarse válidamente dentro de un cierto

(1) V. París, 26 agosto 1847, S. 48.2. 161.—Cf; Chausse, *Rev. crit.*, 1900, p. 531.

plazo, el derecho condicional existe siempre, puede siempre convertirse en un derecho puro y simple.

¿Sucederá lo mismo con el derecho eventual? Podría decirse desde luego que ninguna regla nos autoriza para decir que el derecho sometido á una eventualidad escapa por el momento á la prescripción. El derecho eventual comienza, pues, á prescribirse, y si, en los treinta años siguientes á su aparición, no se ha convertido en puro y simple, queda extinguido. Pero si en este plazo llega á transformarse en derecho actual, entonces empezará una nueva prescripción, pues nos hallamos en presencia de un nuevo derecho. Se habrá visto, pues, correr sucesivamente una prescripción contra el derecho eventual y otra contra el derecho actual.

Esta solución ha sido aceptada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, cuando han reconocido que no se podía crear por una convención facultades imprescriptibles (1). En efecto, nos hallamos fuera de las facultades que el artículo 2232 declara imprescriptibles, porque la ley las hace renacer á cada momento. Se trata aquí de una facultad especial á uno solo, es decir, en realidad de un derecho que el acreedor tiene la posibilidad de no ejercitar. El derecho ordinario es por su naturaleza bilateral en el sentido de que, para el deudor mismo, hay un derecho: el de ejecutar la obligación, de imponer la ejecución por ofertas reales si así le place. La facultad convencional, ya se trate de un derecho eventual ó de otra facultad convencional, como la que se haría conceder por su vecino un hacendado para plantar un árbol á menos de cincuenta centímetros del límite, no es más que un derecho facultativo, un derecho que no tiene más que una faz. El acreedor puede usar de él, el deudor no puede obligar á que se acepte la ejecución. Si ha firmado una promesa de venta, no puedo obligar al que la estipuló á usar de la promesa que se le hizo. En esto está toda la diferencia entre la facultad convencional y el derecho ordinario. Es insuficiente para impedir la prescripción.

La jurisprudencia ha aplicado estas ideas á propósito de derechos eventuales. Así es como ha reconocido que es prescriptible el derecho de rescatar un arriendo á censo, derecho que se había insertado en el arrendamiento (Cas., 24 abril 1860, D. 61.1.179) (2). Ha reconocido el mismo principio respecto al propietario de un terreno no edificado que se había hecho conceder una servidumbre eventual para establecer vistas más cerca que la distancia legal, servidumbre que no podía convertirse en actual sino desde el día en que se hubiera construido el edificio. No habiéndose transformado este derecho eventual en puro y simple en un plazo de treinta años, se le declaró prescrito (3). Con el mismo espíritu citaría la solución, ambigüa sin embargo, del artículo 789, que declara prescrito por treinta años el derecho de heredero á la sucesión. Prescribe, pues, su derecho eventual de aceptar ó de renunciar.

---

(1) Laurent, t. XXXII, p, 242; Aubry et Rau, t. VIII, p. 428; Guillouard, *Prescription*, t. II, p. 63. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription* p. 104.

(2) Cas., 14 dic. 1863, D. 64. 1. 126.

(3) Esta decisión nos parece criticable, por una razón especial: pues la cláusula iba anexa á una obligación actual no prescrita.—V. más adelante.

Tenemos, pues, siempre una misma solución en todos los casos en que la eventualidad, que impide al derecho formarse, es la voluntad del beneficiario del derecho.

¿Debe extenderse esta solución, ó por el contrario se la debe limitar al único caso que contempla: al derecho eventual cuya transformación en derecho actual dependía de una de las partes, como sucede en una promesa de venta? Hay ante todo una razón para tomar el segundo partido: el acreedor en caso de promesa de contrato puede reprocharse su negligencia en usar del derecho eventual. No sucede lo mismo en los otros casos que se puede considerar; así una promesa de cosa futura, si la cosa no ha nacido en los treinta años que siguen á la promesa, una estipulación á favor de un tercero indeterminado, si éste nace después de treinta años, un contrato accesorio, como el celebrado por la caución real.

Además la ley misma en un caso muy importante de derecho eventual establece que es imprescriptible este derecho. Según el artículo 2257, la prescripción no corre respecto de una acción de garantía sino hasta que tenga lugar la evicción. Y nos hallamos aquí con un verdadero derecho eventual, pues al derecho á garantía falta uno de sus elementos eventuales mientras no se ha producido la evicción.

No es un derecho condicional, pues no se comprende que se ejercite la acción de garantía sin evicción. Si se interpreta así este texto, y si se tiene en cuenta la máxima siempre aceptada por la jurisprudencia: *contra non valentem agere non currit prescriptio*, se debe ampliar la disposición del artículo 2257 y rechazar la prescripción para todo derecho eventual. Y habrá que decir que la notificación hecha para la cesión de un crédito futuro producirá sus efectos á perpetuidad.

La solución admitida para las facultades convencionales nos aparece, pues, como una excepción que tiene su justificación especial, y vemos así desvanecerse una vez más la unidad en la reglamentación de los derechos eventuales.

No nos hallámos, pues, en presencia de una distinción entre el derecho condicional y el derecho eventual: por lo demás no habría sido posible dar á esta distinción más que una justificación parcial. Si se comprende que no se favorezcan exageradamente los contratos que confieren facultades convencionales, cuando una de las partes podía fácilmente hacer actual este derecho, hacer cesar una incertidumbre molesta, no puede aplicarse este razonamiento á la eventualidad relativa al objeto; aquí falta la base racional de una distinción.

Queda por precisar un caso en que una facultad convencional es, sin embargo, imprescriptible. Se admite, y la jurisprudencia ha establecido que habiéndose hecho prometer un arrendatario en el contrato que podría comprar la casa arrendada, no se extingue esta facultad al cabo de treinta años (1). ¿Cómo explicar este derecho? Desde el punto de vista práctico, es fácil decir que esto es lo conforme á la intención de las partes. Se ha querido que mientras dure el arrendamiento se puede transformar el derecho de goce en propiedad. Pero ¿cómo justificar en teoría esta solución? No hay que olvidar que las partes no pueden prolongar á su arbitrio los plazos de prescripción, porque esto sería contrario al orden público.

---

(1) Cas. 9 julio 1883, S. 83. 1. 413.

Los autores dicen que, no siendo la facultad otorgada más que una modalidad de la obligación del deudor, no puede extinguirse mientras subsiste la obligación. Creemos que es necesario dar una fórmula un poco más general. Cuando se ha otorgado por contrato un simple derecho eventual al mismo tiempo que un derecho puro y simple, creemos que el deudor no puede invocar la prescripción para uno sólo de esos derechos, pues entonces las obligaciones de la otra parte carecerían parcialmente de causa: el contrato quedaría cojo.

Por tanto, toda cláusula ligada á las obligaciones de la otra parte, que contiene creación de una facultad no prescribirá sino junto con los otros derechos de la misma parte, sin que por lo demás sea necesario constatar que es el accesorio de otras promesas ó que se refiere á la naturaleza, á la esencia del contrato. Y, en efecto, en los ejemplos que ofrece la práctica, en el arrendamiento con promesa de venta ¿acaso esta promesa es de la naturaleza del contrato de arrendamiento?

Hay que reconocer, sin embargo, que nuestra explicación lleva á hacer considerar como una excepción el artículo 2277, que permite que prescriban en cinco años los cánones y los intereses de las sumas prestadas. Pero puede decirse todavía que en estos casos se trata de prestaciones sucesivas; por razones prácticas ha podido admitirse la prescripción separada.

Si resumimos nuestra opinión, llegamos, pues, á la conclusión final de que los derechos eventuales son imprescriptibles como tales, salvo aquellos á que falta un consentimiento para ser puros y simples. La solución es clara, pero la excepción al principio nos parece muy frágil: ¿por qué ha de prescribir la promesa de contrato que se remonta á más de treinta años? No hay para esto razón decisiva. La que se deduce de la negligencia parece débil.

Por lo demás, acabamos de constatar que las facultades accesorias á un contrato no se prescriben antes que él: lo que es una brecha importante á la excepción estudiada. Así limitada, atacada, aparece como desprovista de sentido. Algún día se la hará desaparecer, y se llevará así más luz á una cuestión muy obscura. A pesar de la unanimidad actual, hay aquí una regla virtualmente condenada, tanto más cuanto que hemos hecho ya resaltar la escasa distancia que separa una promesa de contrato de un derecho condicional.

El último modo de extinción de las obligaciones eventuales en que pueda pensarse es la novación. ¿Se puede novar un crédito eventual? La afirmativa nos parece cierta. Se puede novar una obligación eventual reemplazándola por otra que se encuentre sometida á la misma eventualidad, como se puede novar una obligación condicional, como se puede novar una obligación natural. Y así como se puede reemplazar una obligación condicional por una obligación pura y simple, puede reemplazarse una obligación eventual por una obligación pura y simple. Este acto es lícito, aunque se pueda decir aquí como en el caso de deuda condicional reemplazada por una obligación sin condición, que hay menos una novación que una convención aleatoria de una especie particular (1). Por lo de-

(1) V. Aubry et Rau, 5.ª ed., t. IV, p. 350; cf. Demolombe, t. XXVIII, p. 281, núm. 260.

más la Corte de Casación ha reconocido la validez de este contrato á propósito de una cesión de acciones antes de la emisión, acto que tenía, como lo dice la sentencia, el carácter de un contrato eventual (22 dic. 1885, S. 87. 1. 163).

Creemos que estas novaciones de derechos eventuales permiten explicar la teoría tan importante del efecto novatorio de la cuenta corriente. Los autores han hecho siempre notar el carácter especial que reviste aquí la novación. Han observado que esta novación no engendra un segundo crédito instantáneamente, en el momento en que desaparece el antiguo. Desata provisoriamente el lazo de obligación que une á las partes. Momentáneamente no hay deuda. Es sólo un artículo de crédito lo que viene á reemplazar al crédito del remitente correspondiente á la remesa hecha al receptor (1).

Nos parece que este efecto novatorio de la cuenta corriente puede sin embargo comprenderse en la novación ordinaria, por lo menos en una de las clases especiales de novación que acabamos de estudiar. No hay novación de un crédito actual por la creación de otro crédito actual. Hay novación de un crédito eventual por la creación de otro crédito eventual.

En efecto, puede analizarse la cuenta corriente de la manera siguiente con relación á cada una de las partes que acepta su apertura. Una de las partes tiene el derecho de llevar á la cuenta créditos ó dinero. El resultado ordinario de esta convención debería ser el de restituir al remitente eventualmente acreedor de su restitución. Sólo puede hablarse por el momento, á la apertura de la cuenta, de un crédito eventual para la fecha de clausura, porque falta á este crédito un elemento esencial, su objeto, y puede ser de cero.

Pero todos estos créditos eventuales de restitución quedan desde luego novados. El receptor promete no el monto de estos diversos créditos, no lo que ha recibido ó recibirá, sino una suma igual al monto de las sumas entregadas ó por entregar. Ahora bien, esta nueva promesa depende siempre en su alcance de la voluntad del remitente, que es libre de llevar mucho ó poco á la cuenta corriente. Por otra parte, no puede convertirse de eventual en pura y simple sino el día en que se cierre la cuenta. Hasta la clausura, en efecto, el remitente puede hacer nuevas remesas destinadas á ser novadas.

El día de la clausura, las dos partes que son mutuamente acreedoras la una de la otra van á ver transformarse sus dos créditos de eventuales en puros y simples.

Estos dos créditos van naturalmente á compensarse hasta concurrencia del menor. La compensación, de eventual que era hasta entonces, va á convertirse en pura y simple, en inmediata. Sólo quedará por pagar un saldo, el cual habrá podido ser garantizado de antemano por una hipoteca ó por cualquiera otra caución.

Estas ideas nos explican las principales reglas seguidas en materia de cuenta corriente. Primero cómo las garantías de los diferentes créditos introducidos á la cuenta corriente se extinguen desde el momento de la entrada en cuenta. Los créditos en efecto, quedan inmediatamente extinguidos por novación.

Explica igualmente cómo las prescripciones diversas que podían correr contra los créditos llevados á la cuenta, son re-

(1) V. Lyon Caen et Renault, t. IV, núm. 823; Thaller, núm. 1664.

emplazadas por una prescripción de treinta años que empezará el día de la clausura de la cuenta.

Es igualmente fácil ver cómo la inscripción de un crédito en cuenta corriente tiene por efecto hacer juzgar las dificultades que puede suscitar por la jurisdicción competente para juzgar la cuenta corriente.

Vemos igualmente porqué la cuenta corriente es considerada como indivisible, porqué no se puede hacer salir de la cuenta un crédito cualquiera, sea para exigir su pago inmediato, sea para permitir su embargo á los acreedores de una de las partes. A lo más se podría proponer la cuestión de saber si los acreedores no podrían de antemano hacer retener el crédito eventual del saldo (1). Llegamos también con el principio indicado á resolver el punto de saber si una cuenta corriente no cerrada puede servir de provisión á una letra de cambio. No hay por el momento más que un crédito eventual del saldo. Este crédito no puede corresponder á la definición que da el artículo 116 de la provisión. No es un crédito que pertenezca al librador contra el librado, ó aun que deba pertenecerle al vencimiento de la letra. Es un crédito que puede existir á favor del librador. Pero su existencia es todavía muy incierta para que pueda servir de base al giro de una letra de cambio.

Las principales consecuencias que se desprenden del efecto novatorio de la cuenta corriente y de la indivisibilidad de la cuenta pueden, pues, aparecer como consecuencias lógicas de la novación tal como la hemos comprendido. Nos aparece la cuenta corriente produciendo una verdadera novación, una novación eventual, pero una novación verdadera. No es un acto híbrido que pueda considerarse como válido sólo en virtud del derecho de las partes para celebrar las convenciones que quieran, con tal que no violen el orden público.

(1) V. en este sentido Lyon—Caen et Renault, t. IV, número 828.

Conclusión

Hemos tenido ocasión en este estudio de agrupar reglas de derecho muy diversas inspirándonos en la gran idea de que importa hacer más flexible la técnica jurídica para no entrabar la adaptación del derecho á las necesidades prácticas. Y así resulta que nuestro trabajo de legista tiene un alcance social y sus consecuencias descienden de las sutilezas de la teoría á lo vivo de los hechos. Porque á menudo, cuando uno se halla en presencia de un derecho condicional, se dice que no hay nada, que es la nada jurídica. Hemos tratado de demostrar que no siempre era así, que podía haber ya un derecho que ofrecía múltiples ventajas, con tal que haya una voluntad. Llegamos así á aumentar el poder creador de la voluntad, la fuerza jurídica del solo querer. No nos negamos por esto á tomar en cuenta la importancia de la voluntad declarada, sabemos que la voluntad no lo es todo, que no debe ser la base única del derecho, que el individuo tiene sus defectos. Pero es necesario que, en la medida en que es buena y legítima, la voluntad no encuentre contrariada su acción por reglas admitidas sin motivos precisos. Toda regla que no es la cristalización de una necesidad social, está virtualmente condenada. Desaparecerá un día ú otro. Habrá, sin duda, siempre una

técnica, principios de las reglas jurídicas. El derecho no siempre ha de poder descansar unicamente en la equidad natural. Es una balanza demasiado grosera para casos en que se necesitan balanzas de precisión. Pero es preciso que se haga más flexible la técnica para admitir concepciones diferentes de los derechos conocidos hasta hoy, salvo las limitaciones necesarias en la aplicación de estas concepciones. Es preciso que no se pierdan los espíritus, como ha sucedido á menudo á propósito de fundaciones, de estipulaciones por otro y de muchas otras cuestiones, de ordinario las más vivas, en una especie de álgebra que lleva á soluciones que se declaran malas y que á pesar de todo se aceptan. Es preciso para esto revisar ciertas nociones técnicas, aún las más seguras en apariencia. Lo que menos se conoce son siempre los principios generales. Examinándolos para afinarlos cada vez más es como puede evitarse al mismo tiempo una equidad sin consistencia y un derecho sin justicia.

R. DEMOGUE.

LA TERCERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

Los números VII y VIII del programa son relativos al fomento de las relaciones comerciales entre los países de América y á la unificación de sus leyes aduaneras y consulares.

El comercio entre las naciones de la América latina es reducido, aunque existen las condiciones económicas para un próspero intercambio comercial. La diversidad de climas del extenso Continente hace que sean variados los productos de sus diferentes regiones: los de la zona templada encuentran su mercado natural en los países tropicales cuyo clima no favorece el cultivo de esas producciones, y los frutos que á su vez madura la zona tórrida no se producen en la templada, á donde muchos de ellos constituyen artículos de cuantioso consumo.

La celebración de tratados comerciales entre los países de América sería sin duda el medio más eficaz de fomentar su comercio vinculando los países contratantes con los poderosos lazos del interés recíproco. Es necesario contemplar muy cuidadosamente los intereses presentes y venideros de los estados ligados por tratados de comercio si se quiere conseguir el resultado anterior; de otro modo los tratados lejos de producir un acercamiento son un fecundo motivo de desconfianza y hostilidad.

El exámen de las condiciones económicas, necesario para preparar los tratados de comercio, así como la ponderación de los intereses de los países que tienen intención de celebrarlos, á fin de llegar á un equivalente en los beneficios, son una tarea delicada y difícil, que sólo puede hacerse directamente por las Cancillerías interesadas y que está fuera de la órbita de acción de asambleas que revisten el carácter de las Conferencias americanas.

La opinión de los miembros de la Quinta Comisión, á la cual correspondía el estudio de estos temas, fué uniforme en el sentido de que dada la organización productora actual de América, era imposible sentar bases generales para la celebración de tratados de comercio entre los países del Continente. Se abstuvo por esta razón de presentar á la Conferencia conclusiones al respecto, que por la fuer-

za de las cosas tenían que ser vagas y generales, como lo eran las que en un memorandum presentó el Delegado argentino señor Terry.

Por lo mismo que la Comisión se abstuvo de hacer recomendaciones sobre tratados de comercio, estudió detenidamente los demás medios conducentes á fomentar las relaciones comerciales entre los países de América, débiles todavía, pero que la acción oportuna de los Gobiernos puede incrementar y fortalecer. Entre éstas figura en primer lugar el mejoramiento de los servicios de comunicación por vías férreas, líneas de vapores y redes telegráficas.

Una de las causas que más retardan el desarrollo del comercio entre las repúblicas de América, es la escasez de comunicaciones marítimas entre los puertos del Continente. Sin comunicaciones fáciles, económicas y regulares, los tratados de comercio, apesar de las franquicias comerciales que acuerden, no pasarán de ser convenciones abstractas sin resultados positivos.

Las comunicaciones entre el Viejo y el Nuevo Mundo son servidas por numerosas compañías de navegación, para las cuales los puertos de América no pasan de ser sino puertos intermedios, ligados por muy pocas líneas directas. Por esto los fletes de un Continente al otro son tan altos cuando no más subidos que los fletes a Europa, en todo caso desproporcionados, porque no faltando nunca carga abundante á los puertos finales del Viejo Mundo, sólo conviene á las líneas de navegación llevar mercaderías de un país de América á otro, si se les paga fletes iguales ó más subidos que por todo el viaje. Los fletes entre los puertos de América resultan, en el hecho, prohibitivos, y estériles los esfuerzos que se hagan en favor del comercio entre las repúblicas de América, mientras no se provea al establecimiento de comunicaciones económicas y regulares, que sólo se conseguirían por medio de líneas directas, con intervención de los gobiernos en las tarifas de fletes é itinerarios.

La Delegación chilena desarrolló estas ideas en una exposición en que indica las franquicias y favores que en cambio de dicho servicio podrían conceder los gobiernos americanos, como ser, concesión de paquetes, subvenciones directas, exención de las cargas ó contribuciones que rijan ó se establezcan en lo sucesivo entre los puertos de América.

La Quinta Comisión y la Conferencia aceptaron estas ideas y se encomendó á la Oficina de las Repúblicas Americanas el estudio de un proyecto que contuviera las bases sobre las cuales pudiera celebrarse un contrato para el establecimiento de líneas de vapores "de carrera regular y rápida, que cruzando los dos Océanos, el Atlántico y el Pacífico, y atravesando el Estrecho de Magallanes, una los principales puertos de los países americanos desde el puerto más septentrional de la América del Norte en el Atlántico hasta el más septentrional del mismo en el Pacífico" (1).

Las formalidades y tramitaciones á que está sometido el movimiento de buques y el despacho de las mercaderías en las aduanas, cambian de un país á otro, y estas diferencias entorpecen el comercio internacional.

Por esto todas las Conferencias Inter-

(1) Exposición de la Delegación Chilena sobre comunicaciones marítimas.

nacionales Americanas han manifestado el deseo de simplificar y unificar las leyes y reglamentos que se refieren á la entrada y despacho de buques y al procedimiento aduanero, sin afectar en lo menor la libertad de imponer ó suprimir derechos de aduana.

La Conferencia de Méjico recomendó la celebración de un Congreso Aduanero compuesto de personas con conocimientos técnicos ó periciales (directores ó jefes de aduana, cónsules, presidentes ó miembros de cámaras de comercio, etc.) para estudiar los medios de arribar á la deseada unificación.

El Congreso Aduanero se reunió en Nueva York en 1903. Sus resultados fueron muy escasos; apesar de ser un congreso de peritos, careció de material y antecedentes para llegar á la adopción de acuerdos que importaran la realización de su objeto: la simplificación de la legislación aduanera de América.

En la cuarta de sus resoluciones, el Congreso Aduanero recomienda á la Oficina Internacional el nombramiento de una comisión encargada de preparar y hacer imprimir en inglés, castellano y portugués, una compilación de las leyes y prácticas aduaneras de los países americanos.

Esta compilación no se hizo, y la Conferencia de Río, por lo que respecta al número 8 del programa, se halló en idéntica situación que las conferencias anteriores. Las Delegaciones de Estados Unidos y de Chile creyendo que se discutirían materias aduaneras en Río, se habían asesorado con peritos especiales.

Como la Conferencia de Méjico y el Congreso Aduanero, la Tercera Conferencia Internacional estimó que la recopilación de las leyes aduaneras era un trabajo preliminar indispensable para formular proposiciones de reforma de las leyes aduaneras y consulares de los países americanos.

El informe de la Quinta Comisión propone la creación de una sección especial en la Oficina de las Repúblicas Americanas, denominada de Comercio, Aduanas y Estadística Comercial, á cargo de una persona especialista en estas materias, que, entre otras atribuciones, tendría la de estudiar la legislación aduanera y reglamentos consulares de los países de América. Es obligación de esta Oficina presentar á la próxima conferencia un informe en que proponga las medidas conducentes á obtener la aspirada uniformidad.

A indicación de uno de los delegados norte-americanos, la oficina estudiará una medida existente en algunas aduanas europeas y consagrada aun por convenciones internacionales. Se trata del examen y estimación oficial que las autoridades aduaneras hacen de las muestras que se les envían para saber los derechos que un artículo debe pagar al importarse.

El importador ignora muchas veces la clasificación ó avalúo que las autoridades aduaneras harán de los artículos que quiere importar. Para evitar esta incertidumbre, se ha establecido el examen oficial de las muestras que el comerciante envíe á la aduana con el objeto de conocer los derechos que esas mercaderías deban pagar. En el caso de error de las autoridades, si los derechos debidos son más subidos que los indicados en la respuesta á la consulta, el comerciante paga únicamente los indicados. La adopción de un acuerdo que estableciera esta

medida en todos los países de América daría facilidades al comercio.

La Tercera Conferencia recomendó á los gobiernos americanos celebrar convenciones para el transporte de encomiendas.

Los países de América, y en general todos los Estados que forman el concierto de las naciones civilizadas, pertenecen á la Unión Postal Universal, que extiende sus servicios á las más apartadas regiones del globo, y hace de éste, para los efectos de la circulación de la correspondencia, un solo territorio.

La Unión Postal reconoció el principio de la libertad de correspondencia, redujo y unificó hasta donde fué posible el porte de los franqueos, simplificó la liquidación de cuentas entre las oficinas postales de los diferentes Estados, pero limitó sus acuerdos generales á la circulación de cartas, impresos, papeles de negocios, tarjetas y muestras sin valor, sin extenderse á otros servicios encomendados á la administración de correos.

Estos servicios, que no consisten propiamente en el trasporte de correspondencia, como ser el de encomiendas y giros postales, remisión de valores declarados, abonos á diarios y periódicos, cobranzas y reembolsos, fueron reglados por convenciones particulares suscritas solo por un número limitado de los países adheridos á la Unión Postal.

La libertad de celebrar convenciones particulares sobre estos servicios, siempre que dichas convenciones no deroguen los acuerdos de la convención principal, y de establecer uniones más restringidas, está reconocida expresamente en el artículo 15 de la Convención de París del 1º de julio de 1878.

Inconvenientes de diverso orden han impedido que estas convenciones accesorias tuvieran una aceptación universal. La creciente importancia de los intereses comerciales y de las instituciones destinadas á servirlos, harán desaparecer con el transcurso del tiempo estas dificultades y extenderán los beneficios de la comunidad universal á todos los servicios de correos.

Los congresos postales revelan las fases de esta gran obra, cuya realización, á juzgar por el camino recorrido, es únicamente cuestión de tiempo.

La celebración de acuerdos postales entre las repúblicas de América, que establezcan en el Continente los servicios no comprendidos en la Unión Postal Universal, principalmente los de encomiendas y giros postales, prestaría importantes servicios al comercio, porque éste, buscando las vías más fáciles y expeditas, se sirve cada día más de las ventajas que ofrece el correo. Existen numerosas convenciones postales entre países de América ó entre éstos y Europa, que manifiestan la conveniencia y practicabilidad de acuerdos de este género entre las Repúblicas de América.

La Conferencia encomendó á la Oficina Internacional el estudio de las bases y métodos de las estadísticas comerciales de América, con la mira de uniformar algunos de los conceptos fundamentales en que descansan.

En primer lugar se trata de establecer las ramas del comercio que entran en la estadística comercial y en sus divisiones, si se hace entrar ó nó en el comercio especial la exportación de mercaderías na-

cionalizadas, el comercio de rancho, las mercaderías extranjeras reembarcadas de almacenes, etc.

Los artículos de comercio se agrupan en las estadísticas comerciales atendiendo á su destino, ó á su naturaleza, ó á razones especiales de conveniencia comercial ó administrativa. La adopción de una clasificación común de las mercaderías haría más fácil la consulta y comparación de las cifras estadísticas.

No existe uniformidad en las estadísticas en cuanto á la manera de fijar los valores de importación y exportación. Cuando las mercaderías se avalúan al internarse para el pago de derechos de aduana, esta operación se hace con cuidado, lo que no sucede con la determinación de los valores de mercaderías que se exportan ó que son de importación libre ó que pagan derechos específicos. En estos casos las estadísticas se contentan con la declaración del comerciante ó fijan el valor de las mercaderías con arreglo á la misma tarifa de avalúos para los derechos de aduana, ó á tarifas especiales que se preparan con ese objeto.

Existe también diversidad respecto del tiempo en que se aprecia el valor de las mercaderías; ya se les da el que tuvieron en aduana, ya el del mercado de venta, según lo cual se aumenta ó no el valor de las importaciones con el flete marítimo, seguro, costo de embarque y desembarque, intereses y derechos de aduana.

El tipo de moneda en que se espresa el valor de las mercaderías tambien tiene importancia; si es en monedas que cambian constantemente de valor, los datos estadísticos fácilmente inducen en errores.

Las estadísticas no aprecian, además, con el mismo criterio lo que debe entenderse por procedencia y destino de las mercaderías. Algunas califican esta procedencia ó destino atendiendo al país que produce ó consume el artículo, otras toman en cuenta el nombre del país de cuyo comercio sale ó á cuyo comercio entra la mercadería y no faltan por último estadísticas que hacen la designación según los puertos de embarque ó descarga.

No existe correspondencia entre las estadísticas comerciales de los diferentes países cuando no descansan sobre idénticas unidades, y en la mayor parte de los casos hay que hacer cálculos para comprobar los resultados que arrojan.

La Delegación Chilena presentó una exposición sobre la conveniencia de arreglar las estadísticas comerciales de América conforme á un mismo plan y método, y la Oficina de las Repúblicas Americanas quedó encargada de hacer los estudios correspondientes.

Un acuerdo de la Conferencia crea en la Oficina de las Repúblicas Americanas una sección encargada de recoger informaciones sobre las obras públicas proyectadas en los países de América y sobre las bases ó condiciones con arreglo á las cuales se otorguen las concesiones fiscales de tierras, bosques ó minas y las facilidades y garantías que se dén para su explotación.

Estos datos quedarán en la Oficina á disposición de las personas interesadas y de los gobiernos.

La publicación de estas informaciones tiende al desenvolvimiento de los recursos naturales de América, cuyas riquezas yacen inexplotadas por falta de capitales, que ignoran las oportunidades de inversión que les ofrece este Continente.

La difusión de los datos que reuniría la Oficina está destinada á atraer la colocación de capitales en los países americanos y á estimular la formación de empresas industriales para la explotación de las riquezas de América ó la construcción de sus obras públicas.

Dice un acuerdo de la Conferencia:

"La próxima Conferencia de los Estados Americanos prestará toda atención al siguiente asunto:

"El estudio de las leyes que rigen las concesiones públicas en los diversos países de América, para recomendar á la consideración de los gobiernos americanos los acuerdos ó disposiciones que mejor contribuyan al desarrollo industrial y al de los recursos naturales de las repúblicas del Continente".

La Oficina quedó encargada de presentar á la próxima Conferencia una memoria especial sobre las leyes relativas á los asuntos ántes mencionados, que rijan hoy en las diversas repúblicas del Continente.

Resolvió la Conferencia recomendar á los Gobiernos representados hacer un estudio detallado sobre el sistema monetario vigente en cada uno de esos países, su historia, las fluctuaciones del tipo de cambio que han tenido lugar en los últimos veinte años, confección de tablas que demuestren la influencia de las referidas fluctuaciones sobre el comercio y el desarrollo industrial.

Estos estudios deberán pasar á la Oficina Internacional que hará un resumen de ellos.

La Conferencia recomienda la celebración de un Congreso cafetero que estudie las medidas que puedan tomarse en beneficio de los productores de café, y combata la crisis que desde hace años viene haciéndose sentir en esta industria.

El Congreso tendrá lugar en San Pablo.

En materias sanitarias la Conferencia de Río recomendó á las repúblicas americanas la adopción de la convención Sanitaria Internacional de Washington, celebrada en 1905, que se inspira en las resoluciones de la Convención Sanitaria de Paris de 1903, vigente en casi todos los países de Europa, cuyos preceptos adquirirían por esta aceptación un carácter de universalidad que aumentaria su alcance y eficacia.

Hace asimismo presente la conveniencia de que los gobiernos americanos manden delegados á la Conferencia Sanitaria Internacional que debe celebrarse en Méjico en 1907, con instrucciones sobre los puntos siguientes:

"*a)* Medios prácticos de hacer efectiva la segunda de las presentes recomendaciones (adopción de medidas encaminadas á obtener el saneamiento de las ciudades y, especialmente, de los puertos);

b) Establecimiento y reglamentación en cada uno de los países americanos de una comisión compuesta de tres autoridades médicas ó sanitarias, para constituir, bajo la dirección de la Oficina Sanitaria Internacional establecida en Washington, una Comisión Sanitaria Internacional informadora de las Repúblicas Americanas, con atribuciones para reunir y comunicarse datos referentes á la sanidad pública y para lo demás que la Con vención juzgare conveniente.

c) Establecimiento y reglamentación, en el lugar de la América del Sur que la

Convención designe, de un Centro de Información Sanitaria que proporcione á la Oficina Sanitaria Internacional ya existente, los elementos necesarios para cumplir las recomendaciones 5ª, 6ª y 7ª sobre Policía Sanitaria, hechas por la segunda Conferencia Internacional Americana;

d) Establecimiento de relaciones entre la Oficina Sanitaria Internacional establecida en Washington y el Bureau Sanitaire International de París, á fin de obtener la mejor información en materias sanitarias, y de tomar acuerdos que tiendan al objeto encomendado á una y otra oficina.

Las conferencias americanas siempre han tratado con gran interés el proyecto de unir por riel á los Estados Unidos con las repúblicas más australes de la América del Sur.

La Conferencia de Washington dispuso que un cuerpo de ingenieros estudiara los diferentes trazados que podría seguir el Ferrocarril Pan-Americano. Los ingenieros estuvieron empeñados en su tarea desde 1892 hasta 1898; publicaron los resultados de sus exploraciones en una obra de siete volúmenes, de los cuales cuatro son de texto y tres de mapas y perfiles.

Dice de estos trabajos Mr. Pepper:

"En ellos se describe el territorio que el gran camino deberá recorrer, y se explican los problemas de ingeniería y de otras clases que habrá que resolver para construirlo, dándose al mismo tiempo una noticia tan completa como era posible de los recursos respectivos de las localidades por donde tiene que pasar la vía, y del volúmen del tráfico que probablemente se desenvolverá, por consecuencia de ésta, en las mismas regiones. Como complemento de estos informes se agregó á ellos un presupuesto á grandes rasgos del costo aproximado de la construcción de la línea troncal y sus ramales.

Puede decirse de un modo general que las conclusiones á que llegaron los ingenieros han sido aceptadas sin dificultad. Sus trabajos, los primeros de su género á este respecto, habrán de ser en todo tiempo la base en que descanse todo estudio comprensivo de un ferrocarril que reuna la América Central con la del Sur.

"Una demostración del valor práctico inmediato de los informes de la Comisión Exploradora, de que aquí se está tratando, se encuentra en el uso que de ellos se ha hecho para la construcción de algunos trozos ó trayectos parciales, que formarán como eslabones de la gran cadena del Ferrocarril Pan-Americano. Esto se ha visto prácticamente en la línea recientemente concluída entre Oroya y el cerro de Pasco, en el Perú, cuya línea es una sección directa del Ferrocarril Inter-Continental, y en la prolongación, que quedó concluída en Guatemala en noviembre de 1903, del Ferrocarril Central de aquella República, que forma parte integrante del mismo sistema. Es probable que dentro de poco tiempo se efectuará una nueva prolongación de esta última línea hasta llegar á Ayutla, en la frontera mejicana".

Después nada se hizo por adelantar los trabajos del Ferrocarril Pan-Americano hasta que se reunió la Segunda Conferencia, que deseando continuar de una manera permanente los trabajos, dispuso que el Presidente de la Conferencia nombrase una comisión de cinco miembros residentes en Estados Unidos, que diera

principio á sus funciones una vez clausurada la Conferencia. La Comisión Permanente del Ferrocarril Pan-Americano tiene su asiento en Washington; su presidente, Mr. Davis, presentó á la Conferencia de Río un informe sobre los trabajos de la Comisión.

La Conferencia de Méjico recomendó el envío "dentro de un año, de personas caracterizadas y competentes á los diversos países de América, que fijen con certeza los recursos de cada país, la situación y condición de los ferrocarriles hoy en explotación, el estado actual del comercio y las expectativas de tráfico para una línea Inter-Continental, en caso de que llegue á terminarse, y qué concesiones haría cada uno de los respectivos gobiernos á la empresa".

En cumplimiento de esta recomendación Mr. Charles Pepper, delegado norte-americano á la Conferencia de Méjico, recorrió la América del Centro y del Sur y presentó á su regreso un extenso informe sobre el viaje.

En un banquete que Mr. Davis, Presidente de la Comisión del Ferrocarril, dió en Washington, en mayo de 1905, los representantes diplomáticos de varias repúblicas hablaron sobre los ferrocarriles construidos o proyectados por sus gobiernos. En el banquete se leyó una carta de Mr. Carnegie, miembro de la Comisión en la cual propone la idea de que los Estados Unidos contribuyan con $ 100.000.000 á la construcción del ferrocarril si las repúblicas hispano-americanas concurren con otro tanto. Mr. Elkins, presidente de la Comisión de Comercio del Senado norte-americano, prometió su apoyo á la idea, por el gran desarrollo que el comercio internacional tomaría con el Ferrocarril Pan-Americano.

La Comisión hace una activa propaganda en favor del proyecto, publica artículos en los diarios, revistas y enciclopedias con la mira de despertar el interés de la opinión pública por el Gran Ferrocarril.

Entre otras delegaciones, la de Chile presentó una exposición sobre sus ferrocarriles de importancia internacional.

Las resoluciones de la Tercera Conferencia sobre el Ferrocarril Pan-Americano son las siguientes:

a

"1º Confirmar la existencia de la Comisión Permanente del Ferrocarril Continental;

2º El Consejo Directivo de la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas podrá aumentar el número de los miembros de la Comisión, ó reemplazarlos en caso necesario, en vista de los informes de su Presidente.

b

"1º Que con el objeto de contribuir, dentro del menor plazo posible, á la terminación del Ferrocarril Pan-Americano, cada república, al fomentar la construcción de trazos, que sirvan intereses locales, disponga seguir, hasta donde sea factible, el trazo inter-continental;

2º Que cada Estado en que haya tramos por construir, procure organizar cuerpos de ingenieros destinados á completar los planos, especificaciones, pliegos de condiciones y presupuestos, que sirvan como base para fijar el capital necesario á la construcción;

3º Que los gobiernos de los diferentes Estados determinen cuanto antes las concesiones de terreno, subvenciones, ga-

rantías de interés sobre el capital invertido, exención de derechos aduaneros para el material de construcción y exploración y cualesquiera otros auxilios que estimen conveniente otorgar;

4º Que los gobiernos designen una persona ó centro que se mantenga en comunicación constante con la Comisión Permanente del Ferrocarril Continental, á fin de suministrarle y obtener de ella informes y datos relativos á la Empresa.

c

"Expresar su reconocimiento hácia aquella corporación por el celo, inteligencia y perseverancia que ha puesto al servicio de una obra que contribuirá á fortalecer y consumará prácticamente la unidad de América."

III

En un espacio de tiempo relativamente corto la Conferencia de Río despachó todos los asuntos encomendados á su estudio; en el período comprendido entre el 23 de julio, en que celebró su primera sesión, y el 27 de agosto, fecha de la sesión de clausura, celebró catorce sesiones ordinarias y dos extraordinarias: una dedicada á la recepción de Mr. Root, y otra destinada á manifestar el sentimiento de las repúblicas hermanas por el terremoto que ocurrió en Chile el 16 de agosto.

Puede decirse que la Conferencia no se reunió sino para sancionar los acuerdos de las comisiones, en cuyo seno, sin despliegue oratorio, se hizo labor tranquila y eficaz. En las comisiones encargadas de informar los temas más importantes figuraba un delegado de cada pais representado en Río, de manera que las recomendaciones y proyectos llegaban á la Conferencia seguros de su aprobación.

La expedición con que trabajó la Conferencia se debe, en primer lugar, á que pudo entrar en materia desde el primer día, sin perder tiempo discutiendo la preparación del programa y reglamento, que habían sido elaborados cuidadosamente por el Consejo Directivo de las Repúblicas Americanas en Washington.

La experiencia de las conferencias anteriores ha sido aprovechada, sin duda, para redactar el reglamento de la Conferencia de Río, cuya organización práctica y eficiente permitió el despacho rápido y expedito de los asuntos. El uso de la palabra estaba limitado en la primera discusión á media hora, y á cinco minutos en los debates.

La Conferencia de Río ha sido la primera de las Conferencias americanas en que ha reinado la armonía y un sincero anhelo de trabajar en pro de las aspiraciones comunes del Continente; ningún país procuró obtener ventajas á costa de otro, ni alterar su situación política respecto de los demás. La Conferencia respetó el programa, que escluía los asuntos que habrían podido despertar resistencias, y una sábia disposición del reglamento prevenía las sorpresas desagradables y perturbaciones consiguientes.

No hubo en Río como en Méjico discusiones violentas y acaloradas, ni acuerdos políticos de resonancia. Talvez por esto no alcanzaron sus labores la repercusión de los debates de la Conferencia de Méjico. En cambio, la Conferencia de Río ha sido la primera que respondió netamente á los ideales y propósitos que inspiran la reunión de estas asambleas. "No es la misión de las conferencias, dijo don Joaquin Nabuco en su discurso de saludo á Mr. Root, obligar á ninguno de

los Estados que las componen á aceptar nada que no estuvieran dispuestos á hacer por su propia iniciativa; ella reconoce que su función es solamente dar su sanción colectiva á lo que ya se haya tornado unánime en la opinión de todo el Continente". Es de esperar que las futuras conferencias continúen por este camino, y que hayan cesado una vez por todas las tentativas de convertirlas en congresos llamados á resolver los problemas políticos pendientes en América.

Si bien la Conferencia de Río no ha dado solución definitiva á todos los temas que figuran en el programa, por escasez de tiempo ó falta de elementos, ella ha organizado los trabajos que harán fructíferas las futuras conferencias.

Muchos de esos asuntos han sido tratados en congresos especiales en el Viejo Mundo. Característica de nuestro tiempo es la formación de las uniones internacionales para proteger los intereses económicos generados por la creciente solidaridad universal. A esta tendencia deben su nacimiento la Unión Postal, la Unión para la Protección de la Propiedad Literaria y Artística, la Unión Monetaria y Telegráfica, la Unión para transportes de mercaderías por ferrocarriles, para la publicación de derechos aduaneros, las convenciones sanitarias, de tráfico marítimo, etc., etc. Los intereses á cuya protección obedece la formación de estas uniones están consultados en los programas de las conferencias americanas. Ellas han arribado á algunas convenciones sobre esas materias, ó han encomendado su estudio á congresos especiales (sanitarios, aduaneros, de codificación del Derecho Internacional Público y Privado), cuyos trabajos completan la obra de las conferencias internacionales americanas.

Las convenciones y acuerdos de las conferencias van creando un derecho público americano.

No son inmediatos los frutos de las conferencias. El trabajo que ellas hacen beneficiará á las generaciones venideras. Los principios que ellas proclamen tienen que seguir su gestación lenta hasta que se incorporen en la práctica del derecho, hasta que sea tan general su aceptación que, llegado el caso de aplicarse, ningún país se atreva á desconocerlos. Es la historia de todos los progresos que en el órden jurídico internacional ha realizado el siglo XIX.

Con admirable precisión y sentido práctico caracterizó Mr. Root las conferencias en el discurso que pronunció en la sesión que en su honor celebró la tercera Conferencia Internacional Americana.

"No es por medio del aislamiento, dijo Mr. Root, que se ha llegado á este resultado, ni por él ha de continuarse en el progreso. Ninguna nacionalidad puede vivir aislada en si propia, y sin embargo, continuar viviendo. El desarrollo de toda nación es una parte del desarrollo de los pueblos de su raza. Podrá haber quienes vayan al frente y quienes queden rezagados, pero ningún pueblo puede por mucho tiempo seguir al frente del progreso humano, y ningún pueblo que esté destinado á desaparecer, puede tampoco quedar muy rezagado. Sucede con los pueblos lo que con los individuos; el mutuo cambio, la asociación, el mejoramiento del egoismo por la influencia del juicio de los demás, ensanchando los puntos de vista por medio de la expe-

riencia y las ideas de sus semejantes, la aceptación del nivel moral de una sociedad cuyas reglas de conducta son de desear, tales son las condiciones para el progreso de una civilización. Todo pueblo cuya mente no se abre al progreso del mundo, cuyo espíritu no se siente movido por las aspiraciones y los éxitos de la humanidad, que lucha en todo el mundo por la libertad y la justicia, ha de quedar postergado por la civilización en su benéfica y segura marcha.

"El promover este cambio y auxilios mutuos entre las repúblicas americanas, empeñadas en la misma grande labor, inspiradas por el mismo ideal, y profesando los mismos principios, entiendo ser la obra de la presente Conferencia Americana. No hay uno solo de nuestros países que no pueda prestar algún beneficio á los demás; no hay uno sólo que no haya de recibir algún beneficio de ellos; no hay uno solo que no haya de ganar con la prosperidad, la paz y la felicidad de todos.

"Según vuestro programa, no ha de realizarse cosa alguna de grande efecto; no han de discutirse cuestiones políticas; no ha de ajustarse controversia algunas; no ha de decidirse punto alguno sobre la conducta de los Estados; pero sí han de considerarse muchos temas que han de suministrar los medios de remover obstáculos al mutuo intercambio, establecer para beneficio común los adelantos que se han llevado á cabo por cada una de las naciones, en saber, experiencia y empresas, en la solución de difíciles cuestiones de gobierno, en los criterios de ética, en el perfeccionamiento de conocernos unos á otros, y en la remoción de las falsas apreciaciones, de las malas inteligencias y de los prejuicios que de ellos se derivan, que son tan fecundos origenes de controversia.

"Y hay algunos puntos del programa que invitan á una discusión que puede llevar á las repúblicas americanas á convenir sobre principios, cuya general aplicación en la práctica sólo puede realizarse en el porvenir por medio de un largo y paciente esfuerzo. Algún adelanto puede llevarse á cabo ahora, para alcanzar el imperio de la justicia y de la paz entre las naciones, en sustitución de la fuerza y de la guerra.

"No en una sola conferencia, ni por un sólo esfuerzo, puede realizarse mucho. Trabajais, vosotros, más para el porvenir que para el presente; pero si se da el impulso debido, si se establece la debida tendencia, los resultados de la labor de vosotros aquí continuará entre los millones de habitantes del Continente americano, por largo tiempo después que hayais terminado, largo tiempo después de vuestras vidas, con incalculables beneficios para todos nuestros queridos países, quienes quiera Dios, continúen libres, independientes y felices, por los siglos."

JULIO PHILIPPI

DERECHO

JURISPRUDENCIA CIVIL. LEY DE ACCIDENTES DEL TRABAJO

Ley de 30 de enero de 1900 (artículos 1º y 2º).—Entiéndese por *accidente del trabajo* toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión ó por consecuencia del trabajo que ejecuta de cuenta ajena; por *patrono*, el particular ó compañía, propietario de la obra, explotación ó industria donde el trabajo se preste; y finalmente, por *operario*, todo el que de modo habitual ejecute un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena.

Como se ve, el artículo 1º de la ley determina, definiéndolos, los conceptos de *accidente*, *patrono* y *obrero*, que son fundamentales para la adecuada interpretación de la especialidad de sus preceptos. En lo que hace al *accidente*, limitado en la letra del texto legal á toda lesión corporal sufrida por el operario con ocasión ó por consecuencia del trabajo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de las Audiencias territoriales ha cuidado de establecer la diferencia entre el accidente causado por un acto material en la integridad física de quien lo sufre, y la enfermedad que puede constituir ó no un accidente por su relación directa ó indirecta con el trabajo que la ocasionara; estudiando también aquel concepto, en armonía con los principios jurídicos que informan la teoría sobre la culpa en los hechos realizados mediante negligencia excusable ó inexcusable. La doctrina establecida acerca del particular por el Tribunal Supremo y por los tribunales inferiores será indudablemente de importancia trascendental, como orientación segura en las dudas surgidas sobre esa ley especialísima, que como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1903, no tiene el carácter de meramente benéfica, y sí el de aseguradora de los accidentes ó siniestros á que están expuestos por la índole de sus trabajos los que se hallan al servicio de las empresas ó industrias á que aquella se refiere.

(1) De la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» de Madrid núm. enero-febrero 1907.

La sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1903 determina con toda precisión la diferencia entre lo que pudiéramos decir accidente constituido por enfermedad y dolencia, que á los efectos de la ley, no es constitutiva de accidente. De modo sustancial pueden condensarse los hechos, base de la doctrina jurídica proclamada en la expresada sentencia en los siguientes:

Admitido un operario en los talleres de una fábrica destinada á la construcción de acumuladores, y asignado al departamento de fundición de plomos y empastes, en la cual se empleaban sustancias tóxicas como el óxido de plomo y el ácido sulfúrico, fué aquél acometido á los nueve meses de su admisión de una enfermedad que le tuvo imposibilitado para sus trabajos durante veintinueve días, diagnosticándose la dolencia de congestión cerebral. Restablecido completamente y vuelto á la fábrica, quedó asignado durante la primera quincena á labores distintas, ingresando pasado ese plazo en los talleres donde ántes trabajaba, sintiéndose nuevamente indispuesto y quedando después de catorce meses de enfermedad en estado de completa ceguera.

El Tribunal Supremo, partiendo de tales supuestos, estableció en la indicada sentencia de 17 de junio de 1903, como adecuada interpretación del artículo 1º de la ley sobre accidentes del trabajo, la siguiente importantísima doctrina:

"Que si bien no es posible confundir en modo alguno lo que es un accidente del trabajo con lo que constituye una enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión ú oficio determinados, cuando esa enfermedad no tiene una relación absoluta é inmediata con aquéllos, sino que depende del agotamiento ó desgaste natural de fuerzas empleadas en los trabajos á que el individuo se dedique, es, por el contrario, evidente que siempre que la lesión á que se refiere el artículo 1º de la ley de 30 de enero de 1900, sobrevenga de una manera directa é inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicho precepto legal, ya porque la ley no define el accidente con referencia á un suceso repentino más ó menos imprevisto, sino relacionándolo con el hecho mismo constitutivo de la lesión, ya porque dada la naturaleza de esa clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean sustancias insalubres, sería por demás insólito que acaecieran inopinadamente, como acontece en otros trabajos en que los operarios trabajan manualmente por cuenta del patrono.

"Que en su consecuencia, la lesión consistente en la pérdida de la vista sufrida por un operario á consecuencia de la intoxicación llamada saturnina, contraída con motivo de los trabajos que aquél ejecutaba en la fábrica, no puede menos de estimarse como un accidente del trabajo, porque afectando á su integridad orgánica le causó un daño corporal inherénte á la explotación industrial, en la que se empleaban sustancias tóxicas."

No obstante la claridad de la doctrina expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo que dejamos transcrita, resultará confusa en la práctica de los Tribunales la precisa distinción entre el acidente propiamente tal, y la enfermedad constitutiva del mismo. Una sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 11 de enero de este año, al

establecer la línea divisoria entre la enfermedad constitutiva del accidente y la enfermedad profesional contraída en el trabajo, hace radicar su diferenciación en que la enfermedad-accidente sobreviene de una manera directa é inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias ó efectos nocivos al organismo, mientras la enfermedad profesional evolucionando lentamente por la naturaleza especial de los trabajos á que el obrero se dedica, llega á producir una alteración en la salud, pudiendo asegurarse que en ella el trastorno patológico, más bien se debe á predisposición orgánica del individuo y á omisiones higiénicas á él imputables, que al manejo de objetos ó sustancias tóxicas. Y consecuente con esta doctrina, la Sala sentenciadora no estimaba accidente del trabajo la afección saturnina producida en un obrero tipógrafo por manejo de los tipos de imprenta, según afirmaba un extremo de la prueba pericial, pues otros peritos no reconocían como indudable que tal dolencia fuese efecto del saturnismo ó intoxicación por el plomo.

El ilustre Médico, doctor San Martín, en una conferencia dada en la Academia de Jurisprudencia, 23 de mayo de 1903, entendía, acertadamente demasiado generalizado el concepto del accidente, y al ampliar la vigente ley la definición del proyecto, que entendía tan sólo por accidente "toda lesión corporal producida por la acción súbita y violenta de una fuerza exterior", ha motivado las innegables vacilaciones en la jurisprudencia sobre la enfermedad accidente y la dolencia profesionalmente contraída en el trabajo por intoxicaciones lentas, focos infecciosos, envenenamientos debidos á falta de aereación en los locales ó lugar del trabajo, etc., que originados en las labores del operario, destruyen lentamente su organismo y producen el agotamiento de su integridad fisiológica.

No es menos interesante la teoría jurídica del accidente en relación con los principios del Derecho sobre la culpa y la negligencia excusable é inexcusable del obrero. De conformidad á los preceptos y al espíritu de la ley de 30 de enero de 1900, ha dicho á este respecto el Tribunal Supremo, la responsabilidad de los patronos por los accidentes que sufran los obreros en el ejercicio de su trabajo se halla limitada á los actos que éstos realizan naturalmente para ejecutarlos, sin exceptuarse aquellos actos dimanados del riesgo profesional, ó sea inherente á cada clase de trabajo; pero dicha responsabilidad no puede alcanzar á los que ocurran por virtud de fuerza mayor, extraña al mismo y no sujetos por ello á las medidas de precaución que debe adoptar el patrono, ó de los que sobrevengan merced á culpa del operario, constitutiva de una verdadera imprudencia de su parte (sentencia de 7 de noviembre de 1905).

Con mayor precisión aún resulta determinado el concepto del accidente desde el aspecto de su relación con la responsabilidad del patrono en la importante sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1903.

El principio de la responsabilidad de los patronos, en cuanto á la indemnización de perjuicios al operario, por los accidentes ocurrridos con motivo y en el ejercicio de la profesión ó trabajo que realicen, resulta excepcionado tan sólo por la concurrencia de fuerza mayor, extraña al trabajo en que se produzca el

accidente. Pues bien: la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1903, ha establecido, interpretando los artículos 1º y 2º de la ley de 30 de enero de 1900, una doctrina digna del más detenido estudio. Aún cuando el artículo 2º, recuerda expresada sentencia, establece de modo general la responsabilidad de los patronos por todos los accidentes que ocurran á los obreros en el ejercicio ó con ocasión de los trabajos á ellos encomendados, con la excepción de los producidos por fuerza mayor y extraña, esto no quiere decir que aquéllos deben responder de otros accidentes que los que se produzcan con ocasión de los actos que los obreros ejecutaran naturalmente para los servicios que prestan, incluso los que revistan algún carácter de imprudencia, si ésta deriva de la confianza que la práctica y habitualidad del trabajo inspira, y para cuya evitación impone la ley á los patronos el deber de adoptar especiales medidas de seguridad, pero nunca de los que exclusivamente sobrevienen por culpa notoria del obrero.

En los fundamentos jurídicos de la mencionada sentencia se reconoce, además, que la ley de accidentes del trabajo no puede barrenar los principios fundamentales sobre las obligaciones nacidas de culpa ó negligencia establecidos en el capítulo 2º, libro 4º, título 16 del Código Civil, haciendo de tal suerte responsable al patrono del daño causado por acción ú omisión, comprendiendo entre las medidas precautorias que el patrono debe adoptar en evitación del accidente, actos realmente inecesarios del obrero á fin de llevar á cabo sus trabajos, y que extraños, por tanto á sus labores, no dan lugar á responsabilidad de los patronos.

En consecuencia de esta doctrina, reproducida en la sentencia de 7 de noviembre de 1905, si bien la imprudencia misma del obrero, cuando es excusable, no quita al daño causado el carácter de accidente, ocurrido con ocasión del trabajo, y por ello viene comprendido en la definición del artículo 1º de la ley de 30 de enero de 1900, este precepto legal no es extensivo á los actos innecesarios realizados por el operario con conocimiento evidente de su peligro, los cuales integran una tan notoria imprudencia, que lejos de estar comprendida en el artículo 57 del reglamento de 28 de julio de 1900, presenta el aspecto de la culpa ó falta inexcusable del obrero que abandona, rehusa ó no aplica los medios precautorios que debe adoptar para prevenir el accidente, puestos á su disposición por el patrono.

La jurisprudencia de los Tribunales extranjeros ha definido con perfecta claridad la fuerza mayor extraña al trabajo productora del accidente, relacionándola con la teoría de las obligaciones nacidas de culpa ó negligencia por falta de previsión en el patrono de aquello que le era perfectamente previsible. Una exhalación que mata en actos del trabajo al operario, es considerado como un acto de fuerza mayor sin relación alguna con las responsabilidades impuestas por la ley al patrono (Sentencia de 30 de enero de 1900, Tribunal civil de Bourg); pero es verdadero accidente la insolación sufrida por el operario, si recibió del patrono la orden de continuar trabajando en horas de calor excesivo (Sentencia de 5 de julio de 1901, Cour d'Appel de París). El Tribunal Supremo, finalmente, en sentencia de 12 de diciembre de 1905, al resolver sobre los accidentes ocurridos con ocasión de las faenas agrícolas y forestales

ha establecido que la responsabilidad de los patronos sólo es exigible con respecto al daño sufrido por el personal expuesto al peligro de las máquinas que accionen por medio de una fuerza distinta á la del hombre.

La doctrina relativa al concepto de operario en relación con el derecho á la indemnización por accidentes del trabajo, es muy digna de estudio para la interpretación realmente extensiva del expresado concepto.

Nuestro Tribunal Supremo ha definido el carácter de operario, interpretando el artículo 1º de la ley de 30 de enero de 1900, en orden al salario, ó sueldo asignado al obrero, á sus conocimientos técnicos, y por último, en su aspecto de mero contratista de la obra. La sentencia de 27 de febrero de 1903, establece á este propósito: que aun cuando la ley sobre accidentes del trabajo cuida de alcanzar en sus beneficios más general y principalmente á los obreros y dependientes sujetos al simple jornal ó salario con que son remunerados por el patrono, en ninguno de sus preceptos existe base cierta para establecer entre los operarios distinción alguna en razón al sueldo ó salario que disfruten, pues la ley que comprende entre sus disposiciones, á personas que tienen asignados por sus funciones verdaderos sueldos, cuales son los dependientes de comercio, así como á los que no tienen ninguna clase de emolumentos; y como la razón legal es semejante en uno y otro caso, nada sería más fácil que burlar los principios generales de la ley dándola otra interpretación respecto de ese importante extremo.

La jurisprudencia al definir la responsabilidad del patrono en cuanto á su obligación de indemnizar al operario por los accidentes ocasionados á éste con ocasión del trabajo, comprende en el concepto de obrero, no sólo al que cobra por sus labores un jornal ó salario, sino al que disfruta un verdadero sueldo, así como al que sin remuneración fija tuviese una participación en las utilidades en el trabajo ejecutado por cuenta del patrono. Basta para reputarse legalmente como operario, según la doctrina de la expresada sentencia de 27 de febrero de 1903, aquel que desempeña las funciones que le están asignadas, ejecutando habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio y por cuenta ajena, sin consideración á la remuneración que el obrero perciba, pues la tendencia de la ley no es meramente benéfica para los más menesterosos y sí el de aseguradora de los siniestros que pueden sobrevenir á cuantos emplean su actividad al servicio de los patronos.

El artículo 1.º de la ley de 30 de enero de 1900, al definir el concepto de operario relacionándolo con la clase de trabajos que pueden motivar el accidente indemnizable por el patrono, circunscribe el derecho á la indemnización á aquellos siniestros acaecidos á los obreros, que de modo habitual ejecutan por cuenta ajena y fuera de su domicilio *trabajos manuales* al servicio y por orden del patrono. El Tribunal Supremo (Sentencia de 27 de febrero de 1903), considera, interpretando extensivamente la definición legal, como operario al que lo sea con carácter técnico, aún cuando concurran en él estudios ó título profesional; y por ello declaró indemnizable el accidente que produjo la muerte de un maquinista de buque mercante, debido á la explosión de una caldera de vapor, sin que obstase á despojarle de su carácter de operario,

el que el damnificado tuviese la categoría de oficial, con personal á sus órdenes, conocimientos científicos y sueldo determinado, porque ello no desvirtuaba el hecho culminante de tener que intervenir, dirigir y manejar material y manualmente la máquina del vapor donde la explosión se produjo desempeñando tales funciones de modo habitual, fuera de su domicilio y de cuenta ajena.

La diferenciación, por último, entre el operario y el contratista ha sido clara y expresamente establecida por la doctrina del Tribunal Supremo, consignada en sus sentencias de 20 de octubre de 1093 y 21 de septiembre de 1904, así como en otra de la Audiencia de Madrid de 13 de enero de 1902. En la primera de las expresadas sentencias se reputa contratista y no operario, á quien celebra un contrato con el representante de un Ayuntamiento, obligándose á entregar á éste materiales que podía labrar por sí o por otras personas mediante una cantidad determinada, puesto que el contratante no entró al servicio del Ayuntamiento para trabajar fuera de su domicilio á jornal ó á destajo, sino que se constituyó en situación de contratista para verificar de su cuenta y riesgo las obras concertadas en la laboración y entrega de determinado número de maderas; doctrina reproducida en la sentencia de 21 de septiembre de 1904. La Audiencia de Madrid, en su sentencia de 13 de enero de 1902, entendió, asimismo, que habiéndose limitado el demandado en concepto de patrono, á comprar al demandante la piedra que éste extraía de una cantera que luego labraba por su cuenta, no podía ser considerado como operario, ni aquél como patrono, ni por tanto, que por tal concepto viniese en la obligación de indemnizar el accidente sufrido por el actor con ocasión de su trabajo.

Del meditado estudio sobre la jurisprudencia encargada de dar realidad de sustancia á la ley sobre accidentes del trabajo, bien puede deducirse, como oportunamente consigna la interesante Memoria publicada en 1906 por el Instituto de reformas sociales: que el Tribunal Supremo ha interpretado extensivamente el espíritu general de la ley en cuanto al sujeto por ella beneficiado, y de modo más restrictivo respecto á la definición concreta del accidente. Es de creer, dada la autoridad en materia de interpretación que justamente viene atribuida al Tribunal de Casación, que su doctrina tienda á concrecionar, definiendo los conceptos del accidente, las diferencias innegables entre la enfermedad contraída en el trabajo y la lesión corporal sufrida por el obrero con ocasión ó motivo de sus labores. Esas diferencias, no obstante la doctrina acertadamente establecida hasta la actualidad, resultan confusas é indeterminadas, y ciertamente requieren la desaparición de las sombras que permiten la duda en materia de tanta significación é importancia como la relativa á las relaciones jurídicas entre el patrono y el obrero, determinantes de la procedencia ó improcedencia de una indemnización por los siniestros ó accidentes de quien, en la habitualidad del rudo y constante trabajo, arriesga su salud y compromete la vida, que es fuente de bienestar y de riqueza.

P. González del Alba,
Presidente de Sala
de la Audiencia de Madrid.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL ALEMAN

POR LUDWIG FULD

En virtud del artículo 661, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil alemán, redacción antigua, debía rehusarse el exequatur si el cumplimiento del fallo extranjero tenía por efecto un acto prohibido por la ley alemana. El Código de Procedimiento Civil en la redacción actual ha reglamentado de otra manera la cuestión de reconocimiento de un fallo pronunciado en el extranjero. Se excluye el reconocimiento de un fallo, según el artículo 328, número 4º, cuando este fallo por su naturaleza viola las buenas costumbres ó el efecto de una ley alemana, cualquiera que sea.

Es evidente que esta fórmula vá mucho más allá que la ley antigua, está relacionada con el artículo 30 de la ley de introducción del Código Civil, que prohibe la aplicación de una ley extranjera cuando viola las buenas costumbres ó está en contradicción con el efecto de una ley alemana.

Para precisar exactamente los casos en que no es permitido al juez alemán reconocer efecto á un fallo extranjero, debemos examinar si la ley extranjera es contraria á las buenas costumbres ó al efecto de una ley nacional. Con esta fórmula la ley ha otorgado al juez un derecho muy amplio. Durante la preparación del Código Civil, y en el curso de los debates parlamentarios, se observó, y no sin razón, que era quizás peligroso dar al juez un poder tan vasto. Es posible, hablando en abstracto, y no puede negarse, que se rehuse la aplicación de una ley extranjera en Alemania por una interpretación errónea y aún sin razón suficiente. La consecuencia de una sentencia semejante podría ser muy desagradable, porque el Estado cuya ley no se reconoce en Alemania se vería tentado á usar represalias.

El concepto jurídico en que se basa el artículo 30 es bastante claro y está reconocido en todas partes en derecho internacional. *El derecho nacional debe ser respetado en todo caso y á cualquier precio.* No puede permitirse que se apliquen leyes incompatibles con sus principios. Pero, ¿cuándo existe una incompatibilidad completa? El artículo 30 nos responde con una fórmula que contiene

el germen de las dudas. Así vemos en la literatura relativa á la interpretación de este artículo, que las opiniones se encuentran muy divididas sobre lo que entiende la ley bajo la fórmula de este artículo 30, que es incontestablemente muy elástica.

Es por esto muy dificil precisar los puntos de vista de una manera abstracta y sin embargo suficiente para las necesidades inmediatas de la práctica.

Las explicaciones detalladas que se encuentran en el tratado de Zitelmann, *Droit International privé*, t. I, p. 334-368, hacen ver muy claramente estas dificultades. Aunque estas explicaciones son sin duda la más importante publicación relativa á esta materia en la literatura alemana, sin embargo no dan más que una indicación para resolver cada caso.

Sería injusto pedir más. La discusión jurídica abstracta no puede dar más que indicaciones más ó menos exactas; pero no podrá jamás establecer reglas abstractas y obligatorias una vez por todas, teniendo en cuenta las formas múltiples de la vida. El concepto de las "buenas costumbres" es como el de la "buena fe", se trata también para la última esencialmente de *consideraciones de hecho que varían con cada caso.* La historia del artículo 30 demuestra que el legislador ha evitado deliberadamente establecer reglas generales sobre la cuestión, y precisar qué disposiciones tienen un carácter exclusivo y donde termina la exclusividad en cada paso.

Había el convencimiento de que no existe regla general para juzgar todos los casos. Naturalmente, se ha reconocido perfectamente que una regla de derecho puede basarse en motivos morales, políticos ó económicos, de manera que debe excluirse la aplicación de una ley contraria.

Pero había acuerdo, y con razón, en que no se podía resolver expresamente para cada caso particular si una disposición presenta ó nó este carácter.

Hay que considerar, pues, ante todo, que debe tratarse de leyes extranjeras cuya aplicación ofende la ley nacional. Poco importa que la ley extranjera sea ó no ya por sí misma incompatible con el efecto de una ley alemana: sólo importa el que su aplicación haga nacer una situación incompatible con el derecho nacional. No es necesario que la ley alemana, cuyo efecto es incompatible con la ley extranjera tenga el carácter de una *lex cogens*; puede excluirse la aplicación de una ley extranjera aún tratándose de una ley caracterizada como *lex dispositiva.*

Así sucede, sobre todo si, por razones morales, económicas ó de interés público, debe atribuirse á la ley alemana una importancia considerable.

En el artículo 30 la ley habla de la violación de las buenas costumbres. La ciencia y la jurisprudencia están de acuerdo en Alemania sobre la extensión de la noción de "buenas costumbres". Una ley extranjera viola las buenas costumbres cuando está en contradición con las ideas que dominan en Alemania en lo que concierne á las prescripciones de la moral.

Si una ley extranjera reconoce como legal la obligación de cometer una acción estigmatizada como inmoral por la opinión pública en Alemania, el juez alemán debe rechazar la aplicación de esta ley. Por ejemplo, la poligamia no está de acuerdo con las buenas costumbres en Alemania: la ley turca que sanciona esta

forma de matrimonio, no puede, pues, producir efectos jurídicos en Alemania. La mujer de un turco, casada como segunda ó tercera mujer, no puede exigir alimentos á su marido domiciliado en Alemania; el juez no accederá á la demanda, porque el segundo ó tercer matrimonio es nulo en Alemania. Lo mismo sucedería con una ley extranjera que autorizara al padre para desheredar á los hijos en caso de que cambien de religión. Es contra las buenas costumbres, y por lo tanto absolutamente nulo, el contrato en que una persona se obliga, bajo una cláusula penal, á no ejercer su oficio durante toda su vida; y es asímismo nulo el contrato en virtud del cual una persona renuncia al derecho de naturalización por cierta suma. Pero la regla, como acabamos de explicarla, está sometida á una restricción. Los efectos jurídicos de un hecho que ha tenido origen en país extranjero y en virtud de una ley extranjera, pueden ser reconocidos en Alemania.

Acabamos de constatar que la poligamia es mirada en Alemania como una institución contraria á las buenas costumbres; supongamos el caso siguiente. Un sujeto turco, muerto en el territorio otomano, ha dejado hijos de sus diferentes mujeres; una parte de sus valores se encuentra depositado en Berlin, en el Banco Imperial. Los herederos cobran sus partes; el juez no puede negarse á reconocer que los hijos nacidos de estas mujeres tienen los mismos derechos que los hijos legítimos, suponiendo que tengan este derecho según su ley nacional. Pero el juez deberá negarse á reconocer derecho á los hijos del segundo matrimonio, en caso que el nacimiento haya tenido lugar en Alemania. Así pues, las consecuencias jurídicas de un hecho que ha tenido origen en el extranjero pueden reconocerse bajo ciertas condiciones, aunque la ley extranjera se encuentre en desacuerdo con las buenas costumbres, tal como se las entiende en Alemania.

Se ha presentado la cuestión de saber si puede aplicarse una ley extranjera que se halla en contradicción con el derecho internacional, ó si se le debe excluir por ser contra las buenas costumbres. Las opiniones están divididas. Zitelmann expone en su *Traité sur le droit international privé*, tomo I página 368, que el artículo 30 no estatuye sobre esta cuestión; sin embargo, el eminente sabio pretende que una ley semejante no existe en derecho y que por lo tanto es imposible aplicarla.

Otros autores han pretendido que la solución de esta cuestión la da el artículo 31 de la ley de introducción del Código Civil alemán, y no el artículo 30 El artículo 31 da al canciller imperial el derecho de ordenar, con el consentimiento del consejo federal, medidas de retorsión contra un estado, sus súbditos y sus causa-habientes. Pero no puede aprobarse esta opinión. Una ley contraria á los principios reconocidos en el derecho de gentes actual se encuentra al mismo tiempo y en todo caso en contradicción con las buenas costumbres. Es cierto que hay principios reconocidos por el derecho de gentes actual que no están de acuerdo con las buenas costumbres. Por ejemplo, el derecho de confiscación de las naves mercantes bajo pabellón enemigo, sancionado por el derecho de guerra actual, no está de acuerdo con las buenas costumbres. Pero no se trata de esto. Una ley que ataque los principios reconocidos por el derecho de gentes

es siempre una ley contra las buenas costumbres y no existe en derecho.

El derecho de gentes prohibe, por ejemplo, el pillaje; nadie puede, pues, adquirir la propiedad por este medio; una persona que reivindicara en Alemania una casa adquirida por pillaje, basando su demanda en que su ley nacional no prohibe el pillaje, fracasaría siempre. La cuestión se halla sometida, pues, al artículo 30, y no al artículo 31 de la ley de introducción.

No menos difícil que la respuesta á la primera parte de la cuestión es la solución del punto de saber cuándo una ley extranjera está en desacuerdo con el efecto de una ley alemana.

El legislador alemán ha pensado en los casos en que la aplicación de una ley extranjera está en contradicción con las ideas que dominan la organización económica, política y social de la sociedad alemana, aunque no pueda pretenderse que esta ley sea contraria á las buenas costumbres. El alcance de esta disposición es mucho más considerable que el de las disposiciones de los otros Códigos que prohiben la aplicación de una ley extranjera incompatible con el orden público.

El *Reichsgericht* se ha esforzado en la sentencia de 23 de enero de 1905 (V. *Revue de droit international privé et de droit penal international*, t. I, 1905, p. 752, y la nota de M. Trigaut Geneste), en interpretar el artículo 30 de manera que, por una parte, esté protegido el orden legal nacional contra las usurpaciones, pero que, por otra parte, sea posible la aplicación del derecho extranjero. Es claro que no es obstáculo para la aplicación de una ley extranjera el hecho de que esta ley esté en contradicción con una ley alemana: si tal hubiera sido la voluntad del legislador, el derecho extranjero no habría sido jamás aplicado. Además, el mismo legislador ordena en muchos casos al juez la aplicación obligatoria del derecho extranjero; debe, pues, interpretarse el artículo en un sentido más restringido. Queda excluida la aplicación cuando la diferencia entre la ley extranjera y la ley alemana toca á los principios fundamentales en que está basada la sociedad alemana en lo que concierne á la organización política, social y económica. Es preciso, pues, examinar en todos los casos si la aplicación del derecho extranjero tendría por efecto el quebrantamiento de estos principios.

Se ha citado con motivo de la discusión de la sentencia del *Reichsgericht*, como ejemplo de un caso de no aplicación de una ley extranjera, los antiguos estatutos del derecho matrimonial japonés, en virtud de los cuales la demanda de divorcio ha sido admitida por exceso de charlatanería. Lo mismo, no sería aplicable la ley extranjera que admite la demanda judicial de pago de deudas resultantes de ventas á término; el juez alemán debería todavía negarse á aplicar la disposición de una ley extranjera que prohiba al obrero que se retira exigir á su patrón un certificado, lo mismo que una ley que impida á la mujer casada parecer en juicio y litigar sin autorización del marido.

No debería admitirse ni el reconocimiento del artículo 340 del Código Civil francés, ni una disposición que prohiba al juez reducir las cláusulas penales. Código Civil alemán, artículo 343 (Neumann, *Anuario*, t. 2, p. 762). Se ha recocido como válido un contrato celebrado en el extranjero relativo á la importa-

ción en Alemania de carne extranjera, aunque la ley alemana prohiba la importación de carne (Neumann, *Anuario*, t. 2, p. 762). Pero no debe aprobarse esta sentencia; por el contrario, un contrato semejante es nulo, porque la prohibición de la importación de carne es una medida inspirada por consideraciones de política, y en razón de las medidas necesarias para la crianza de ganados. La ley extranjera que permita la separación de cuerpos por toda la vida está en contradicción con los principios del derecho internacional alemán, y no puede aplicarse, etc.

Puede constatarse que los tribunales han interpretado en general el artículo 30, de acuerdo con las intenciones del legislador. Cuando se preparaba el Código Civil, se había temido que la aplicación de este artículo hiciera nacer conflictos de carácter internacional. Felizmente este temor ha sido vano, y hay que convencerse de que la práctica no ha de producir consecuencias enojosas para las relaciones jurídicas entre el Imperio y las otras naciones.

Se ha preguntado si la aplicación de una ley extranjera está prohibida cuando lesiona los derechos de los extranjeros, por ejemplo, cuando hace más difícil la adquisición de tierras para los extranjeros. Los autores, que se ocupan de esta cuestión, dan en general una respuesta afirmativa. En realidad, esta opinión es preferible á cualquiera otra. El segundo proyecto de Código Civil proponía que la aplicación de una ley extranjera quedara excluida también cuando lesionara los derechos de los extranjeros de una manera inicua. Esta disposición no se encuentra en el proyecto presentado á la Dieta. Sin duda, los gobiernos confederados juzgaron útil suprimirlo por razones de política exterior; probablemente los gobiernos han considerado que era preferible hacer uso del derecho de retorsión contra un Estado cuya legislación lesionara á los extranjeros; y el derecho de dictar ordenanzas relativas á las medidas de retorsión corresponde al canciller del Imperio con acuerdo del consejo federal. A pesar de esto, el juez debe rechazar la aplicación de una ley extranjera que es contraria al derecho alemán, basándose en el principio de que el extranjero goza de los mismos derechos que el ciudadano alemán. Si el derecho alemán no distingue entre los derechos de los extranjeros y los derechos de los nacionales, una ley extranjera que hace una diferencia entre los derechos de los unos y los de los otros en detrimento de los extranjeros, está en contradicción con el efecto de una ley alemana. La igualdad del derecho entre el extranjero y el nacional es también un principio sobre que descansa la organización de la sociedad actual en Alemania.

LA CONVENIENCIA DE UNA MAYOR DIFUSION DE LOS PRECEPTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (1)

El crecimiento de la influencia que la opinión pública ejerce sobre la política de la nación, signo característico del progreso político de nuestra época, hace cada día más necesario que la gran masa de habitantes de un país abrigue una justa concepción de sus derechos y deberes internacionales.

Los gobiernos hoy día no declaran la guerra sino cuando cuentan con el apoyo general y decidido del país; y ocurre á veces que se ven arrastrados contra su voluntad á la guerra por la presión de un impetuoso sentimiento popular. No es raro ver dos gobiernos buscando con paciencia medios conciliatorios para solucionar pacíficamente alguna dificultad, mientras gran parte del pueblo de ambos países observa una actitud comprometedora y belicosa, é insiste en una apreciación exagerada de sus propios derechos, que haría imposible una solución pacífica si por ella se determinara la acción del gobierno.

Uno de los principales obstáculos para la solución pacífica de las controversias internacionales consiste en el hecho de que el negociador ó mediador que cede en alguna parte de las pretensiones extremas sostenidas por su país y que reconoce la justicia de cualquier argumento del contendor, tendrá que sufrir la reprobación violenta de muchos de sus compatriotas que nunca se han tomado el trabajo de estudiar á fondo la materia de la controversia ó sólo han considerado los argumentos favorables á su parte. Han pasado sesenta y cuatro años desde que se fijó la frontera Norte entre Estados Unidos y Canadá por el Tratado de Webster-Ashburton de 1842; y aun hoy día hay mucha gente de este lado de la frontera que culpa á Mr. Webster de haber sacrificado nuestros derechos y mucha gente del la do del Canadá increpa á Lord-Ashburton el haber sacrificado sus derechos en ese tratado. Ambos grupos de descontentos no pueden tener la razón; y no es aventurado suponer que ninguno de los dos la tenga; y sin embargo Mr. Webster y Lord Ashburton han tenido que sopor-

(1) Traducido de «The American Journal of International Law» Volum I First Quarter—January 1907.

tar reproches y ataques por haber llegado á un arreglo que ha valido mil veces más, para la paz y prosperidad de cada país, que todo el territorio disputado.

En la gran tarea de solucionar sin guerra las controversias internacionales, sea por medio de negociaciones ó arbitraje, son condiciones esenciales el buen sentido y la buena voluntad para reconocer los argumentos contrarios á nuestras pretensiones, como los que se hacen á su favor; y es muy importante que, en cada país, el pueblo á quien los negociadores representan y á quien deben dar cuenta de su cometido esté en aptitud de apreciar la controversia y de juzgar la acción de sus representantes con un criterio ilustrado y equitativo.

Un medio de llegar á esta condición tan deseable es el de generalizar en el público el conocimiento de los derechos y deberes internacionales y formar en el pueblo el hábito de imponerse y juzgar los asuntos internacionales.

Cuanto mejor conoce el pueblo de un país sus derechos internacionales tanto menos probable es que llegue á formarse un concepto exagerado y extravagante de sus derechos y á sostener por las armas pretensiones injustas; cuanto más jeneral y claro sea el concepto que se han formado de las obligaciones y deberes que impone el derecho de gentes, tanto menos probable que resista las justas demandas de otros países que exigen de ellos el cumplimiento de esas obligaciones y deberes; mientras más familiarizado esté con los preceptos y hábitos de nuestro respeto y cortesía internacional, que según lo manifiesta la experiencia son indispensables para mantener la paz en el mundo, más fuerte será la tendencia á llevar las discusiones por la prensa en una forma que no impida arreglos pacíficos por herir el sentimiento público, despertar rencores y prejuicios de la otra parte.

En toda comunidad civil es necesario tener tribunales para definir los derechos ó funcionarios para obtener el cumplimiento de la ley; y sin embargo la verdadera base de la paz ó del orden en que vivimos no es el temor á la fuerza pública, es la moderación (*self restraint*) de millares de individuos que forman la comunidad y su voluntad para obedecer la ley y respetar los derechos de los demás. La verdadera base de los negocios no debe buscarse en el ministro de fé y en el mandamiento de embargo sino en la observancia voluntaria de las normas de conducta y obligaciones que impone la vida de los negocios, universalmente reconocidas como esenciales para el éxito en el comercio. Es precisamente por eso de gran importancia que las contraversias entre naciones sean resueltas por arbitraje más bien que por la guerra, y el desarrollo del sentimiento en favor de estas soluciones pacíficas, es una de las cosas que más hablan en favor de los progresos de nuestra jeneración. Sin embargo los verdaderos fundamentos de la paz entre los pueblos se hallan en el espíritu de justicia y equidad de los hombres que gobiernan nuestras modernas democracias, en su respeto por los derechos de los demas países y en su deseo de solucionar con deferencia é hidalguía los asuntos que dan origen á conflictos internacionales.

Naturalmente no se puede esperar que el pueblo entero de un país estudie derecho internacional; pero un número considerable de personas fácilmente puede familiarizarse lo bastante con esa ciencia

para conducir ó formar la opinión pública de cada comunidad de nuestro país en lo referente á las cuestiones internacionales de importancia que puedan suscitarse.

Me parece por estas razones que la influencia de la nueva "Sociedad Americana de Derecho Internacional" y la publicación de su revista trimestral será un beneficio práctico para el pueblo de los Estados Unidos y recomiendo la Asociación y la Revista á la ayuda de las personas estudiosas que quieran contribuir al éxito de la causa de la justicia y de la paz internacionales.

ELIHU ROOT.

DERECHO

HISTORIA DE LA PROPIEDAD TERRITORIAL EN BOLIVIA

(Sine amore et odio).

TÁCITO.

SUMARIO. — La propiedad territorial en el régimen incásico y durante la Colonia.—El tributo indígena.—Legislación en estas materias desde la Independencia hasta la época actual.—Las comunidades.—Las fincas.—El *pongueaje*.

Bajo el régimen incásico, la tierra era común y repartida paternalmente por los incas. Los indios tenian su *mita* ó prestación personal que efectuaban por turno en la apertura y reparación de caminos, en la labranza de las tierras del inca y de las consagradas al culto, en la explotación de las minas de oro y plata y en el ejercicio de diversas industrias rurales y fabriles. Esta especie de *corvée* se distribuía con equidad entre los indígenas tomando en cuenta su situación, aptitudes, tradiciones y otras circunstancias (1).

Cuando la corona de España extendió su dominación al Alto y Bajo Perú, intentó mantener el régimen comunario establecido por los incas. Mas, como al mismo tiempo donó vastas porciones de tierra á los conquistadores, sobrevinieron luego ventas, divisiones y adjudicaciones del suelo que obligaron á introducir una legislación nueva en esta parte del continente: la del régimen de propiedad individual. Así nacieron dos sistemas de dominio rural inmueble: el de comunidad para la raza sometida; el de propiedad privada para la raza dominadora.

Por cédula de 1551, Carlos V ordenó reducir á los indios á vivir en poblaciones y, como señal de vasallaje, les impuso un tributo moderado que debían pagar en especie con el producto de sus cosechas. Felipe II precisó más la manera de reducción de los indios y sus derechos (reconocidos por Carlos V) á la posesión de la tierra, pues ordenó que los indígenas reducidos conservan en el goce de los terrenos que antes hubieran usufructuado, sin más obligación que el pago del

(1) Para el estudio del regimen tributario y de propiedad territorial durante el coloniaje, hemos tenido á la vista el «Estudio Histórico de Bolivia bajo la administración del general don José María de Achá», obra de don Ramón Sotomayor Valdés, publicada por la Imprenta Andres Bello, en Santiago, el año 1874.

tributo. Otorgoles además el privilegio de continuar sometidos á la inmediata autoridad de sus antiguos caciques ó de sus herederos.

Urgidos por guerras desastrosas, Felipe II y sus sucesores dictaron medidas para hacer más productivo el tributo indígena, al cual quedaron ya sujetos, no sólo los usufructuarios de tierras, sino todos los indios, estableciéndose una verdadera capitación con empadronamientos quinquenales efectuados por visitadores, con vejatorios reglamentos y requisiciones.

Pronto se impuso á los pobres aborígenes una *mita*, no suave y equitativa como en tiempos incásicos, sino arbitraria y matadora para los indios á quienes se obligó á trabajar en las minas, en los caminos, en la agricultura, etc.

Felipe III, por cédula de 14 de noviembre de 1601, trató de atajar tamaña explotación con medidas salvadoras, que fueron prácticamente anuladas por la nueva cédula de 16 de mayo de 1609.

"Cuando el tributo se hizo extensivo á todos los indios, fué necesario dictar nuevas reglas y tomar en consideración sus diversas condiciones industriales. Se llamaron *comunarios de origen* ó simplemente *originarios* los indios que habían reasumido la posesión de las tierras de que habían disfrutado ellos ó sus familias antes de la conquista. *Agregados con tierra* fueron llamados los indios forasteros incorporados en los *aillos* (comunidades), donde por concesión de los comunarios de origen trabajaban un lote de tierra. A los que vivían fuera de las reducciones, sin ocupación conocida, se les llamó en general *forasteros sin tierras ó vagos*, y más tarde *yanaconas*, corrupción de *yanacuna*, que significa hombres negros, nombre que los indios poseedores de tierras aplicaron á los que no las tenían, considerándolos de la condición servil de los negros.

"Pero como muchos de estos yanaconas se hiciesen colonos ó arrenderos de los propietarios particulares, fueron designados en los empadronamientos sucesivos con el nombre de *yanaconas de chacras*, designándose á los demás en los mismos empadronamientos con el nombre genérico de *yanaconas de la real corona*, sin duda para evitar más prolija clasificación.

"Otra especie de *aillos* análoga á la de los originarios fué clasificada aparte con el nombre de comunidades de *mitayos*. Formadas éstas en los asientos de minas por los indios que, forzados á explotarlas, iban allí con sus esposas é hijos, fueron sometidas también al tributo, aunque por consideración á la inferior calidad de las tierras y al mismo servicio de las minas, fué mucho menor que el que pesaba sobre los originarios.

"Cobrada al principio en especie la contribución de los originarios, se fijó después en dinero. El tributo de los yanaconas se estableció desde su origen en numerario, y según la localidad, las circunstancias de cada departamento, las incidencias que podían influir en la comodidad ó penuria de las poblaciones indias y según la calidad de las autoridades y de los tasadores, han variado mucho las cuotas de la capitación de tiempo á tiempo". (Sotomayor Valdés. —Obra citada).

De este modo, el tributo de los originarios oscilaba entre $ 16 5 reales y $ 3. Los mitayos pagaban $ 3 por cabeza; y $ 7, 5 ó 3 los forasteros con tierra, los yanaconas de chacras y los yanaconas de la corona.

La Independencia no puso término á las *revisitas* destinadas á empadronar á los contribuyentes según su categoría. Tampoco suprimió la *mita*, porque la costumbre se sobrepuso á las leyes que la declararon abolida.

Una de las primeras medidas de Bolívar fué poner término á la autoridad de los antiguos caciques de sangre y de sus descendientes (4 de julio de 1825). Para levantar el nivel moral de los indios con el derecho de propiedad territorial, dictó tres decretos, que no fueron llevados á la práctica, como luego veremos.

El primero, dado en Trujillo el 8 de abril de 1824, ordenó la venta de las tierras del Estado, en los dos tercios de su valor de tasación; declaró á los indios propietarios del suelo que poseían y dispuso la repartición de los terrenos de comunidad entre los indígenas que no gozaran de otra suerte de tierras.

Vino en seguida el decreto de 4 de julio de 1825, expedido en el Cuzco, que mandó dar cumplimiento al anterior, especificando la forma de repartición de los terrenos de comunidad. A éste, siguió el dictado en Chuquisaca, en 14 de diciembre del mismo año, el cual dispuso que las tierras de Santa Cruz fueran repartidas y adjudicadas á los que las trabajaran, dejando comunes los terrenos de pastoreo; la propiedad no podía ser enajenada hasta cinco años después de su adjudicación y, en ningún caso, á manos muertas.

El 22 de igual mes y año, Sucre suprimió el antiguo tributo que pagaban los indígenas al Gobierno español y lo reemplazó por una contribución personal sobre las propiedades y sus rentas. La anterior disposición fué complementada por la de 27 de enero de 1826.

Por no chocar con los intereses particulares ó por dificultades para su ejecución, los decretos de Trujillo y del Cuzco fueron indefinidamente aplazados, en 20 de septiembre de 1826.

No obstante la suspensión indicada, se dictó, en el mismo año, la ley de 27 de diciembre prohibiendo á los indígenas vender las tierras que se les adjudicaran ó reconocieran en propiedad, hasta pasados diez años, y declarando que los indios no estaban obligados á más contribución que la que antes pagaban.

Para hacer efectiva la contribución indigenal, Santa Cruz expidió, el 28 de febrero de 1831, el Reglamento de Revisitas, detallando el modo de efectuar el empadronamiento de los indios contribuyentes. Por ley de 28 de septiembre de ese año, mandada cumplir por decreto de 7 de abril de 1836, declaró propietarios de los terrenos que poseían á los extinguidos caciques de sangre y á sus descendientes. Igual declaración hizo á favor de los indígenas que estuvieran por más de diez años en posesión pacífica de sus tierras. El decreto de 26 de enero de 1838 prohibió vender los terrenos concedidos en propiedad por la ley anterior, hasta que no fuera reglamentada, anulando las ventas hechas.

En 6 de abril de 1837, Santa Cruz había decretado el restablecimiento de los antiguos protectores de indígenas, considerando como tales únicamente á los que pagaran tributo, á sus padres, mujeres é hijos; mas esta disposición fué derogada el 7 de julio del año siguiente y sus fondos pasaron al ramo de Instrucción Pública.

Con respecto á la sucesión en los terrenos de repartimiento poseídos por indígenas, se estableció el 22 de noviembre

de 1838, que ella debía tener lugar por el orden de primogenitura, prefiriendo el varón á la hembra y el mayor al menor entre los herederos forzosos del último poseedor. Tales reglas no han sido posteriormente derogadas.

Las alternativas de concesiones cuya ejecución era luego suspendida ó de reparticiones que quedaban en el papel, continuó con Ballivian, quien, en 26 de abril de 1844, acordó repartir los terrenos baldíos del Estado entre los indígenas sin tierras y aquellos cuyos repartimientos no guardaran proporción con la cuota que satisfacían.

Posteriormente, el general Achá, por decreto de 28 de febrero de 1863, ordenó poner en vigencia el decreto dictatorial expedido por Bolívar el 4 de julio de 1825 y la ley de 28 de septiembre de 1831 promulgada por Santa Cruz, fijando al efecto la forma en que debía hacerse el repartimiento. Dispuso también que las propiedades se adjudicaran bajo condición de no poder ser enajenadas mientras sus dueños no supieran leer y escribir.

Una vez más, Melgarejo, por decreto de 20 de marzo de 1866, declaró propietarios con dominio pleno á los indios que poseyeran los terrenos del Estado, debiendo obtener cada uno del Supremo Gobierno su título de propiedad, dentro del plazo de sesenta días después de notificado y previo el abono de una suma que no excediera de cien bolivianos ni bajara de veinticinco (1). En caso de no hacerlo así, perderían sus derechos y serían privados de sus tierras para venderlas en pública subasta. De una manera expresa el decreto dejó subsistentes las leyes y disposiciones relativas á sucesión y cobro del tributo.

Dos años después, el 28 de septiembre de 1868, Melgarejo dió un golpe de muerte á las comunidades indígenas declarando del dominio del Estado las tierras de todos los que no se hubieran acogido á las prescripciones del decreto de 1866. Con la gravedad cómica que caracteriza á este sangriento tirano de opereta, la ley de 1868 eximió á los indios de la contribución á que los obligaba el goce del suelo de que eran despojados!

Hasta aquí, á pesar de las tentativas de Sucre, el tributo indígena había continuado pagándose como en la época del coloniaje. El 8 de octubre de 1868, Melgarejo reformó todo el sistema de contribuciones. Según la nueva ley, los indígenas debían satisfacer una contribución personal de cuatro bolivianos anuales y los demás habitantes la mitad. Como compensación por esta diferencia, los indios quedaban exentos del uso de papel sellado, timbres y estampillas. Para reemplazar la suprimida contribución territorial indígena, se establecía el impuesto predial del tres por mil sobre el valor de las propiedades rústicas y del uno por mil sobre las urbanas, previa

---

(1) La ley de 29 de junio de 1863, dictada bajo la administración del general Achá, había establecido como moneda nacional el boliviano, dividido en cien centavos y con quinientos granos del marco castellano. El 12 de octubre de 1869, Melgarejo decretó que el boliviano tuviera cien centavos, nueve décimos de fino, 25 gramos de peso y 35 milímetros de diámetro.

Tal es la unidad monetaria que hoy existe en Bolivia, que no ha sido alterada por la ley de 24 de noviembre de 1872 ni por las de 26 de octubre de 1890, 5 de diciembre de 1891, 26 de noviembre de 1895, 20 de septiembre de 1901 y 30 de noviembre de 1904, relativas á la moneda divisionaria ó al valor cancelatorio de la libra esterlina.

deducción del monto de los capitales de censos ó capellanías afectos á ellas.

Pero estaba escrito que el dominio de los indios á la tierra había de continuar siguiendo los vaivenes del poder escalado en interminable sucesión por ambiciosos caudillos. El 15 de enero de 1871, Melgarejo era derrotado en las barricadas de La Paz y, cuatro días después, el vencedor Morales dictaba una orden suprema haciendo saber á los comunarios que se hallaban de nuevo en plena posesión de sus antiguos derechos sobre las tierras que antes poseían.

A esta orden siguió luego la ley de 31 de julio, en la cual se expresó que "los comunarios han sido y son propietarios de los terreno de origen y de comunidades". Dicha ley anuló las ventas y adjudicaciones efectuadas por Melgarejo é incluyó en sus disposiciones los terrenos sobrantes de comunidades.

Con la mira de fomentar la instrucción de los indios, la ley de 15 de noviembre de 1872, eximió de contribución á los indígenas sin tierras y á los que pagaran tributo por capitación, siempre que supieran leer y escribir y la doctrina cristiana (1).

Siendo Presidente don Tomás Frías, vino por fin la ley de 5 de octubre de 1874 (llamada de Revisitas), á disipar el caos existente en la materia de que nos ocupamos. Por ella se concede el derecho de propiedad absoluta á los indígenas que posean tierras como originarios, forasteros, agregados ó cualquiera otra denominación. Los pastales, abrevaderos, bosques, etc., poseídos en común pertenecerán á todos los poseedores ó á sus herederos mientras no se verifique la partición. Las comunidades dejarán de existir á medida que se vayan confiriendo títulos de propiedad individual. Se harán revisitas para deslindar y amojonar el terreno, otorgar los títulos de propiedad y conferir la posesión del suelo. La contribución será territorial, descansará sobre el terreno, pasará á quien lo adquiera y se dividirá siguiendo las divisiones de aquél. El impuesto será de un boliviano por cada peso de antes (el antiguo peso representa ochenta centavos de boliviano). Las ventas de los terrenos de indígenas se harán por escritura pública, en las capitales de los respectivos departamentos, con intervención del ministerio público y ante el notario de hacienda.

Complementan la referida ley otras dos dictadas durante las administraciones de Campero y Pacheco, respectivamente.

La de 1º de octubre de 1880, reglamentada el 1º de diciembre siguiente, establece que la propiedad reconocida á los indígenas por la de 1874 debe entenderse que comprende todo el terreno que ocupaban en la fecha de su promulgación, aun cuando la primitiva repartición hubiera sido menos extensa. Los indios sólo quedan obligados á pagar el valor del papel en que se extiendan los títulos de propiedad que se les otorguen. Se exime además á los indígenas sin tierras del tributo y de los servicios oficiales al Estado ,quedando sujetos á los impuestos generales.

La ley de 26 de noviembre de 1886

---

(1) Conviene tener presente, para la mejor inteligencia de las disposiciones del Presidente Morales y sus sucesores, que el odio á Melgarejo llevó hasta borrar prácticamente cuanto había ordenado y decretado dicho tirano, con lo cual se derogaron muchas medidas de buena administración que hubo que restablecer más tarde.

ordena continuar las revisitas y que, en caso de adjudicación proindiviso de una comunidad, pague cada indio tres bolivianos. Sólo en los casos de adjudicación individual serán obligatorios el alinderamiento y mensura del terreno; en las adjudicaciones proindiviso, bastará la formación de un croquis y la designación de las circunstancias que deben inscribirse. Mientras se terminan las revisitas, las tierras de origen ya revisitadas pagarán el actual impuesto á razón de ochenta centavos por cada boliviano (ó sean, tres bolivianos veinte centavos en lugar de los cuatro bolivianos que antes debían pagar).

Respecto á la propiedad rural privada, la ley de 15 de agosto de 1880, reglamentada el 26 de octubre siguiente, sustituyó los antiguos impuestos de diezmos y primicias, veintenas y de predios rústicos y urbanos por el impuesto predial del 8% sobre la renta líquida de los fundos rústicos, la cual ha de fijarse por el canon de arriendo ó por el canon que se calcule, debiendo establecer un jurado la referida renta líquida. El catastro de las propiedades debe rectificarse cada cinco años ó antes si fuere necesario.

La tasa del 8% sobre la renta líquida, fué elevada el 2 de enero de 1894 al 10% para todos los departamentos con excepción de los de Santa Cruz y La Paz (1).

Tras esta marcha fatigosa á través de una legislación vacilante, contradictoria ó dejada en suspenso, podemos afirmar los hechos siguientes:

1° Que aún existe en Bolivia, al menos en el altiplano, el régimen de comunidad junto con el de propiedad individual;

2° Que las comunidades pueden desaparecer cuando los comuneros soliciten su partición;

3° Que el espíritu de los legisladores ha sido el de tender á convertir en privadas todas las propiedades comunarias; y

4° Que uno y otro sistema de propiedad están sujetos á impuestos diferentes.

Esta desigual repartición de las cargas públicas hacía decir al Presidente en su último Mensaje al Congreso:

"En este ramo de hacienda cumple á mi deber llamar la atención del H. Congreso sobre la necesidad de dar una expresión más científica al régimen de los impuestos generales de la Nación, haciendo práctica á la vez la igualdad que nuestra Carta política prescribe como base de las cargas públicas. La falta de una noción clara respecto de este importante asunto, en su doble aspecto económico y constitucional, es quizá la causa de que no

---

(1) A pesar del cuidado que hemos puesto en la consulta de los vólumenes del «Anuario de las leyes y supremas resoluciones expedidas por el Gobierno de Bolivia», siempre nos asalta el temor de haber omitido alguna disposición de importancia, relativas a terrenos de comunidad. La Biblioteca Municipal de La Paz, no posee la colección completa de los Anuarios, por lo que hemos tenido que consultarlos además en la de la Universidad y en el bufete de un abogado. Como ha habido varios compiladores, los cuales no han hecho sus obras por años completos sino desde y hasta fechas tomadas al azar, las tres colecciones que nos han servido para nuestro estudio no se correspondían á veces ni en sus períodos, ni en el número de orden de sus vólumenes, ni en la forma de recopilar las materias en ellos insertadas. Todavía existen disposiciones que, omitidas en el Anuario que les corresponde por su fecha, han sido incluidas en alguno posterior. Todo esto ha dificultado este estudio y ha dado origen al temor que hemos manifestado más arriba.

tengamos un plan con orientación definida, que, armonizando los intereses públicos y particulares, haga desaparecer, entre otros defectos, las odiosas diferencias que hoy existen con desdoro de los principios de equidad y de justicia, al punto de que, mientras los más infelices pagan mucho, los que verdaderamente pueden hacerlo, no pagan nada; me refiero en este orden especialmente, al propietario indígena y al propietario blanco, entre los cuales, no obstante la igualdad de su derecho, hay una completa desigualdad en la forma y en la tasa de los impuestos. El blanco debe impuesto nominal sobre la renta, el indígena paga una cuota fija sobre la propiedad; aquél alega siempre la mala producción para eximirse del pago, éste paga siempre aun cuando la hambruna desole su miserable hogar."

Dicho se está que el terreno de las comunidades constituye una sola entidad legal. Pero ello no impide que, para su régimen interno, los comunarios se repartan el suelo en lotes denominados *sayañas*. La contribución territorial de 3 bolivianos 20 centavos se paga por *sayaña*. Quien representa á los comuneros y paga el impuesto es el *ilacata* ó alcalde indígena. La representación y administración de la sayaña la hereda el primogénito, en conformidad á las reglas del decreto de 22 de noviembre de 1838. Los demás miembros de la familia tienen derecho á la producción, siempre por cierto, que contribuyan á ella ó con su trabajo personal, ó con semillas, ó animales, etc.

En los terrenos incultos de la comunidad, cada comunero puede proveerse de leña ó enviar á pastar sus animales.

Las cuestiones entre comuneros las resuelve el *ilacata* ó *mandón*. Si su fallo no es aceptado se recurre á las autoridades de la República.

Los *ilacatas* usan un bastón negro con adornos de plata. En días festivos, deben ir al pueblo vecino; allí, con sus bastones en alto escoltan al Correjidor cuando sale de misa; pasan luego lista y deben pagar una multa los inasistentes.

En las fincas, los indios siembran, cultivan y cosechan para el patrón las semillas que éste les entrega. Las labores agrícolas las efectúan los indíjenas en la *ainoka* que corresponde á ese año y como mejor les place. *Ainoka* llaman el terreno destinado á las siembras, el cual varía de año en año para que descanse el suelo. El amo no hace más que dar la simiente y presenciar, en ocasiones, la siembra, ó la cosecha ó ambas. Los indios prestan sus servicios sin otra remuneración que el pedazo de tierra que el patrón les reconoce para sus siembras personales: no reciben, pues, salario alguno.

Además de los expresados trabajos, los indios deben prestar gratuitamente, en la casa del patrón, sus servicios como *pongos* (domésticos). Esta prestación varía según las costumbres de las fincas; en unas, se exigen ocho días cada mes; en otras, ocho á quince por año; en otras, por distinto tiempo ó distintos períodos. Hay también fincas en que la prestación indicada sólo puede exigirse cuando el número de sus indios pasa de una cantidad fija; en otras, se exige cualquiera que sea el número de ellos. Tal es el origen de los *pongos afincados*.

Sucede, á veces, que una finca cuenta con muchos indios, ó, lo que es más frecuente, que el dueño vive en la población á gran distancia de ella. En tales casos, los indígenas suelen convenir con uno ó más de entre ellos para que vayan á ser-

vir durante un año á la casa del amo y liberten de este modo á los demás de la prestación personal á que están obligados. Pero no es esto lo común; ordinariamente cada indio presta sus servicios por el tiempo que le corresponde, lo cual ocurre siempre que la finca proporciona *pongos con combustibles*. Hay propiedades en las que el pongo debe llegar á la casa del patrón llevando gratis una cantidad de combustible que baste para el tiempo en que debe prestar sus servicios. de manera que, cada ocho ó quince el días, el pongo se traslada al domicilio del amo con su carga de leña ó *taquia* (guano de llamas).

En consecuencia, aun cuando el *pongueaje* se presta día por día, la persona del *pongo* se muda cada ocho ó quince. En el carácter del indio, ello no ofrece dificultades. Si á un indígena se entregan objetos ó dinero contados y especificados, hay certidumbre de que restituirá religiosamente lo que se le ha confiado; si así no se hace, es también seguro que robará lo que pueda. Por consiguiente, á cada *pongo* se entregan las cosas del servicio bajo inventario y el *pongo* saliente las traspasa al entrante sin que falte un alfiler.

Hay fincas que, por el número de su indiada, proporcionan más de un *pongo* diario. Entonces los patrones arriendan los servicios de sus *pongos* por una suma que generalmente es de 100 bolivianos anuales. Estos *pongos* se remudan en la forma ya indicada.

Basta, á nuestro juicio, enunciar lo que precede para comprender que la agricultura, de la Conquista á la época actual, no ha progresado en Bolivia en forma apreciable, puesto que los indios se consideran dueños del pedazo de tierra que en la finca ocupan desde tiempo inmemorial y no permiten innovaciones como no aceptarían la concurrencia de colonos extranjeros (1)

ARTURO FERNÁNDEZ P.
Adicto de la Legación de Chile en Bolivia.

La Paz, 15 de enero de 1907.

(1) No ha mucho, compró un caballero una finca en los alrededores de Huaicho, puerto sobre el lago Titicaca, y trató de introducir algunas mejoras en su nueva propiedad. Los indios se opusieron y, á los derechos de dueño que alegaba el adquirente, contestaron: «Tú serás dueño de ayer; nosotros hemos nacido aquí. Aquí vivieron nuestros padres y abuelos, de manera que somos más dueños que tú».

MATERIAS DE DERECHO

TRATADAS EN LA TERCERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

INFORME SOBRE CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y PÚBLICO PRESENTADO A LA TERCERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA POR LA IV COMISIÓN.

I

Señor Presidente:

Tenemos el honor de presentar á la consideración de la Honorable Conferencia, el adjunto proyecto de Convenio, por el cual, de acuerdo con el texto de la proposición V del Programa, se establece "la creación de una Junta Internacional de Jurisconsultos que prepare, para someterlo á la siguiente Conferencia, un proyecto de Código de Derecho Internacional Público y Privado, y que asímismo determine la manera de pagar los gastos que exija la obra."

Desde luego, como ha ocurrido con algunos otros asuntos de los que forman el objeto de la Tercera Conferencia, ha debido tomarse en cuenta el que definen las anteriores palabras de las bases, y ver si podía ir más allá del límite que ellas fijaban á su acción. Alrededor de esta idea se ha desenvuelto el trabajo de la Comisión IV, cuyos miembros han sido de unánime parecer en definitiva de no apartarse del espíritu del Programa de manera á desvirtuarlo en ninguno de los temas sometidos al estudio de la Conferencia. Luego, pues, el plan adoptado por ella se redujo á arbitrar el mejor método que á su juicio condujese á dar cima á la preparación de los códigos que se desea formular.

Hemos tenido como material de estudio los proyectos é indicaciones de distinto orden presentados, ya á la Conferencia, ya en el seno de la Comisión, y son los siguientes:

1º El de la Delegación de los Estados Unidos de Méjico, fundado sobre la idea del nombramiento de una Comisión reducida de jurisconsultos, hecho por los representantes diplomáticos americanos en Washington y por el Secretario de Estado de la Unión, sin indicación enumerativa de temas para la comisión codificadora, pero sí con una recomendación general para que ella dedique "su atención preferente á determinar los principios generales que rijan en aquellas materias que hayan sido objeto de acuerdos uniformes en los tratados y en las convenciones celebradas por los Estados de América, y en aquellos puntos relativos al Derecho Internacional Público y al Derecho Internacional Privado, en que

exista conformidad entre las leyes nacionales de dichos Estados".

2º El del Delegado de los Estados Unidos de América Dr. L. S. Rowe, según el cual la Comisión se formaría de un miembro por cada una de las naciones que forman la Union Internacional de las Repúblicas Americanas, designado por su respectivo Presidente, y con indicación de alguna de las materias, especialmente en Derecho Público, que el código debia comprender, relativos: 1º al derecho de la guerra, sobre inviolabilidad de la propiedad privada y el bombardeo de puertos, ciudades y aldeas, por una fuerza naval; 2º al régimen de la neutralidad, para definir con más claridad el deber de los gobiernos, de impedir el equipo de buques destinados á hacer la guerra á una potencia con la cual se halla en paz, de impedir ó permitir á cualquiera de los beligerantes que tome sus puertos ó aguas como base de operaciones navales, aumentar ó renovar en ellos sus provisiones ó reclutar hombres, é impedir con la debida diligencia á los habitantes de su territorio el comercio de contrabando, ó cualesquiera otros actos que favorezcan los fines de la guerra.

3º El de la Delegación de la República Argentina, cuyas bases principales son: organizar una Junta de Jurisconsultos de uno por cada nación de América, nombrado por su Gobierno, para constituir una corporación jurídica provista de poderes suficientes para conducir sus propios trabajos, y resolver sobre su concepto y método de ejecución, sin otras indicaciones que las contenidas en el Programa, y las que surgiesen de las instrucciones que cada Gobierno daría á su representante y de las propias iniciativas de la Junta.

4º Proposición del señor Delegado de la República del Perú, doctor Mariano H. Cornejo, según la cual se recomendaría á la Comisión de jurisconsultos el estudio de las siguientes cuestiones: sobre el arbitraje internacional; sobre el empleo de la fuerza en el cobro de las deudas; reglas especiales para la delimitación de fronteras entre las naciones americanas; y que cada Gobierno pueda indicar materias ó dar su opinión sobre los puntos de Derecho Internacional Público y Privado que le interesasen.

5º Nota de la Delegación de Guatemala, representada por el Excmo. señor Ministro de esa República ante el Gobierno de los Estados Unidos del Brasil, don Antonio Batres Jáuregui, en la cual, al propio tiempo que expresa la adhesión de su Gobierno al propósito de constituir la Comisión de Jurisconsultos, indica á la consideración de ésta los siguientes puntos de Derecho Público y Privado para ser incluidos en los respectivos proyectos: definir claramente la condición, derechos y obligaciones de los extranjeros, y fijar los requisitos que deben llenar las reclamaciones de éstos, para ser admisibles, ya procedan de contratos, ya de daños y perjuicios causados por disturbios interiores; establecer los casos, modo y forma en que deben tener lugar la intervención diplomática y el ofrecimiento de buenos oficios; puntualizar en qué circunstancias y hasta donde los agentes ó empleados de los Gobiernos pueden comprometer la responsabilidad de éstos en sus actos, determinar el valor y eficacia de la cláusula que comunmente se incorpora en los contratcs con extranjeros, en virtud de la cual éstos se comprometen á renunciar á la acción diplomática; á establecer que los países

limítrofes no permitan sus fronteras á las facciones enemigas de los respectivos Gobiernos.

6º Una exposición del señor Delegado de los Estados Unidos del Brasil, Dr. Amaro Cavalcanti, en la cual manifiesta á la Comisión su parecer particular respecto al método de codificación parcial y progresiva del Derecho Internacional, en vez de la elaboración desde luego total y definitiva de un código.

7º La indicación del Delegado de la República Oriental del Uruguay, doctor Gonzalo Ramírez, uno de los jurisconsultos que fueron el alma del Congreso de Montevideo de 1889, para constituir una Junta Internacional de jurisconsultos que se consagrase preferentemente á estudiar y proyectar un código de Derecho Internacional Privado, sobre la base de los tratados suscritos en el referido Congreso y para que se designase la ciudad de Río de Janeiro como sitio de la primera reunión de la Junta, y el Gobierno de los Estados Unidos del Brasil para promoverla.

8º Por último, la Comisión tuvo muy en cuenta el proyecto que presentó en la segunda Conferencia Internacional Americana de Méjico, con fecha 4 de Noviembre de 1901, el malogrado representante de los Estados Unidos del Brasil, don José Higinio Duarte Pereira, según el cual la Comisión Ejecutiva de la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas, de Washinton, nombraría una comision de tres jurisconsultos, encargada de organizar, en el intervalo de la actual á la futura Conferencia, un Código de Derecho Internacional Público y un Código de Derecho Internacional Privado, que regirán las relaciones entre las naciones de América; ninguna indicación particular se haría á esta Comisión, salvo el recurso final de la revisión por parte de los Gobiernos, antes de la presentación de los proyectos á la Conferencia.

En presencia de esta variedad de formulas ó métodos, se comprende que la Comisión debiese meditar lo bastante para no apartarse del plan trazado por el programa, y para no privar al proyecto de convenio que redactase, del valioso concurso de indicaciones que los diversos proyectos contienen, y que, en suma, trazan ya á grandes rasgos el contenido de los futuros códigos. Y si bien es cierto que las consideraciones de un informe, tratándose de leyes, no tienen fuerza decisiva sino interpretativa, en materia de convenios internacionales, esa fuerza es mayor, desde que dicho documento expresa, además, propósitos sustentados por representaciones nominativamente autorizadas para ello, y que pueden tener realización parcial dentro del territorio de uno ó más Estados. Y además de esto, la Comisión piensa que, á manera de complemento del convenio, la Conferencia debe mantener la enumeración que cada proyecto hace, de las materias susceptibles de ser incluidas ó tratadas por la Junta de Jurisconsultos, en sus proyectos, si bien en caso alguno tales proposiciones pueden considerarse con carácter imperativo.

Esto concuerda con otro de los puntos de vista en que la Comisión ha estudiado los varios proyectos, el del alcance que debía concederse en ellos á la pura doctrina. Sin vacilación se ha optado por un criterio diverso, esto es, por imprimir á los códigos un valor práctico ó positivo, que responda á necesidades reales de las Naciones de América en sus relaciones recíprocas de orden político y

civil. Para lo primero habría bastado un encargo á profesores de Derecho Internacional, ó á institutos académicos, de la redacción en forma codificada, de los principios de la ciencia, más ó menos conexionados con las peculiaridades sociales, históricas y geográficas de la América; para lo segundo se necesita más que eso, y es una reunión de hombres versados en la ciencia pero penetrados de los antecedentes, tendencia y estado actual de las cuestiones de interés para los Estados, cuyos gobiernos depositarán en ellos su confianza y sus instrucciones, para llevar á la obra de la codificación, que deberá adoptar la forma de los tratados obligatorios, todo cuanto aquellos están dispuestos á ceder en obsequio de la armonía ó concierto de reglas jurídico-prácticas á que hayan de ajustar todos ellos su conducta respecto de las cuestiones resueltas.

Igual atención hemos prestado á la cuestión de si había de preferirse un solo código, comprensivo de las dos grandes particiones de la materia, en Derecho Público y Privado, ó si se imponía una división de la obra en dos partes distintas y separadas, capaces de tener cada una vida y sanción independientes. A este respecto, en el seno de la Comisión hubo también casi unanimidad por el segundo sistema, por que considera que los asuntos de una y otra denominación tienen en la práctica existencia y desarrollo diferentes, aunque haya entre ellas como en todos los actos de índole jurídica, una visible correlación, y porque la tarea consagrada al Derecho Público podrá entorpecer la del Privado, y vice-versa, siendo así que, del otro modo, podrá adelantarse, y aun terminarse y ponerse en ejecución, una sola de las partes concluidas, mientras se llegase al término de la otra ú otras de especie y aplicación distintas.

Se ha considerado también que, dentro de una sola materia, podía estudiarse y aun suscribirse convenios relativos á una ó más cuestiones ó asuntos especiales, de fines restringidos ó limitados, sin perjuicio de continuar la labor respecto de los demás que constituyesen el plan general de la obra, ya que el Derecho, Privado ó Público, tiene una vida y un crecimiento propios en las sociedades jurídicamente organizadas, y las convenciones y las leyes solo recogen las conclusiones de la experiencia, para modelarlas en forma doctrinales ó postulados científicos.

Las naciones constituyen entre sí una forma de sociedad, en la cual no existe un poder legislativo común y soberano, y así, el principio regulador de la legislación interna no es aplicable á leyes-tratados, cuya validez y eficacia depende de la concurrencia individual de la voluntad soberana de cada una. Luego, las convenciones entre ellas, como su nombre lo indica, no pueden ser ideadas ni combinadas *a priori*, si no existe un hecho real, social ó político, una relación efectiva de actos jurídicos que reglar ó conflictos existentes ó posibles que resolver ó impedir. Por eso, la Comisión se ha decidido, como lo formula su proyecto, por estas dos bases principales:

1ª Preparación de dos códigos distintos, mediante una labor separada, si bien deberá y podrá correlacionarse en su oportunidad;

2ª Abstenerse de indicar en el texto del convenio proposiciones, asuntos, materias ó cuestiones específicamente deter-

minados, y de inclusión obligatoria por los jurisconsultos llamados á preparar los códigos, y limitarse á recomendar algunos, ó á indicar otros con simple valor enunciativo en el presente informe.

II

En el terreno de la doctrina, no puede dudarse de la posibilidad de la codificación del Derecho Internacional Privado. Refiriéndose ella á reglar la condición civil del hombre libre y el régimen de sus actos privados como fuentes de derechos ú obligaciones, en el ejercicio de su actividad social, comercial ó industrial, la legislación interna de todos los países civilizados avanza con rapidez hacia una completa armonía de principios. Las relaciones cada día mas frecuentes y rápidas, aún entre los pueblos más lejanos, por intermedio de sus ciudadanos emigrantes ó residentes en países distintos de los propios, ha impuesto á las leyes más extrictas y conservadoras del derecho tradicional, la idea igualitaria y liberal, que se esfuerza por convertir la tierra entera, ocupada por sociedades cultas, en un sólo medio jurídico para el desarrollo y aplicación de la vida civil en condiciones iguales ó semejantes.

Bien se dan cuenta los internacionalistas más partidarios de la unidad legislativa, de las resistencias que aún trabajan contra la realización de aquel ideal, pero no desconocen que cada día se abre más rápido paso en la conciencia jurídica de las naciones, la necesidad de la uniformidad de las reglas de derecho común. Se limitan en sus obras ó en las convenciones y conferencias, á expresar votos ó aspiraciones, los cuales "podrán ser realizados más tarde, cuando por la experiencia se haya verificado los efectos bienhechores de la codificación del Derecho Internacional Privado sobre las diferentes instituciones; cuando el tiempo haya desvanecido algunas dudas que aún subsisten sobre los resultados prácticos de estos acuerdos; cuando, en fin, los Estados contratantes hayan encontrado el límite entre la competencia legislativa nacional y la competencia colectiva internacional, respecto de las diversas instituciones reglamentadas en aquellos acuerdos".

Son diversos, pues, los elementos de oposición contra una unificación general del derecho común, á pesar de que ella se manifiesta parcialmente en las convenciones, uniones y tratados bilaterales en vigencia, ó que han sido subscritos, en particular, durante el siglo XIX, á punto de que se pueda decir que el siglo anterior fué él de la preparación de los elementos fragmentarios del código que el siglo XX se encargaría de coordinar y sancionar, en una vasta extensión de la tierra: aquellos elementos de resistencia son:

1º La diversa concepción inicial de los actos jurídicos para la solución de los conflictos extraterritoriales, como, por ejemplo, la antigua y debatida divergencia entre las legislaciones que tienen por base la aplicación del principio de la nacionalidad, y las que se fundan sobre el principio de la ley del domicilio, cuestión que tuvo amplio debate durante las sesiones del Congreso de Montevideo;

2º La dificultad de separar en líneas netas la esfera de la legislación interna de la externa, ó en sentido contrario, la de armonizar una y otra, cuando de su divergencia nace el conflicto de las leyes;

3º La tradición de las sociedades ape-

gadas á determinados siste mas ó moldes legislativos, en los cuales han encauzado su vida y sus relaciones con otras, hasta constituir con ellas alimento para sus prejuicios y sus sentimientos nacionales.

4º Y por último, la adherencia sucesiva de los intereses materiales alrededor de uno de esos sistemas, lo que hace que el legislador local no conciba como obra política la reforma de dicha base.

¿Pero existen, acaso, en América tales conflictos y en toda su extensión aquellas causas contrarias á la obra codificadora? A primera vista parece que surge la respuesta negativa, por lo menos en lo relativo á las nacionalidades de origen latino, las cuales, desde su fundación, tuvieron un régimen jurídico común en una vasta extensión, y muy semejante en el resto, como sucede en las de origen español, portugués ó francés, excepción hecha de muy pocas naciones cuyos sistemas jurídicos sobre los actos internacionales difieren esencialmente de los demás. Luego, las únicas dificultades que pueden oponerse á la obra de codificación del derecho común en América provendrían de otro género de causas, y se referirían á las distancias geográficas, á veces enormes entre algunas regiones del continente, ó que trae consigo la falta de intercambio de hombres ó de transacciones, y ausencia, por tanto, de los conflictos que la ley internacional tiene en vista para ser eficaz y práctica, y respecto de algunos de los Estados de tradición legislativa diversa, como los de origen anglosajón, las convenciones por ellos suscritas tendrían al valor de un propósito de concurrir á la uniformidad, acercando el tipo de su ley interior al de los demás, lo que es cuestión de régimen y de política nacional; y en todo caso, un tratado colectivo suscrito en tales condiciones, tendría, además, gran peso en favor del reconocimiento universal del derecho común internacional, hácia lo que se manifiesta con tanta elocuencia la vocación jurídica de la Europa como de América. Si es verdad que algunas de las naciones de nuestro continente, situadas en sus extremos, no tendrían sino en mucho tiempo más ocasión de aplicar una convención general, no puede dudarse que esta se aplicaría, apoyada por la adhesión de todas, sucesivamente entre aquellas que, por ser limítrofes entre sí, mantienen más frecuentes é íntimas relaciones.

Para el caso de incompatibilidades insalvables sin la reforma previa de las cartas políticas, existe el sistema de codificación por medio de tratados parciales sobre las diversas materias de las que constituyen el dominio del derecho internacional privado, y así pueden todas ellas firmar la mayor parte de las convenciones en que sus leyes internas coincidan ó puedan armonizarse; y en caso contrario, aquellas que se hallen en tal situación, pueden individualmente abstenerse de subscribir el tratado, sin que este se considere anulado ó insubsistente por la abstensión voluntaria de uno ó más de los Estados del continente.

No carece, por otra parte, de antecedentes de orden legislativo esta obra de la codificación del Derecho Internacional Privado en América, aún respecto de aquellas naciones más desemejantes en su sistema jurídico común. Multitud de tratados parciales han reglado en todo tiempo entre ellas sus relaciones de orden comercial, respecto de los derechos y condición personal de sus ciudadanos en

territorios diferentes, referente al ejercicio de los derechos civiles, de industrias ó de conciencia, que todas las constituciones americanas reconocen como base de su Derecho Público interno, y por fin, las convenciones sobre estradición de delincuentes han sido suscritas por la mayoría de los Estados de América, sobre la base de los principios más adelantados del derecho universal.

El contenido del Código de Derecho Internacional Privado de América, ó si se quiere, la contribución que esta obra aportaría al Derecho universal, se halla trazado por la labor sucesiva de algunos congresos y convenciones regionales ó parciales de distintas épocas, y en un sentido más amplio, por la misma serie de conferencias á que pertenece la actual:

1º De un carácter sistemático en el orden del Derecho Privado, debe mencionarse el Congreso de Jurisconsultos de Lima, inaugurado el 9 de Diciembre de 1877, y al cual concurrieran y subscribieran sólo las Repúblicas del Perú, Chile, Argentina, Bolivia, Venezuela, Ecuador, Uruguay, Costa Rica y Guatemala y cuya definición se halla en el propio título del acto, que dice: "Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado". Los ocho títulos de ese instrumento internacional contienen en síntesis casi toda la materia científica de un Código de esa rama: la ley de la capacidad personal y el régimen de los bienes del matrimonio, sucesiones, competencia judicial-jurisdicción en materia penal, cumplimiento de sentencias extranjeras y legalizaciones; y en muchos de los tratados incluidos por los Estados signatarios entre sí, ó con otros de Europa, los principios allí acordados han tenido aceptación y sanción.

2º El ya citado Congreso de Montevideo de 1888-1889 adoptó el mismo título y siguió la tradición del de Lima, si bien se limitó á aquellas cuestiones que revestían interés efectivo para las naciones contrayentes, y se preocupó de definir con más método las materias legisladas: así puede decirse que comprende dos divisiones bien señaladas: 1ª, la que regla el derecho común propiamente dicho bajo los títulos de civil, comercial, penal y procesal; 2ª, la que regla el ejercicio del derecho de esa propiedad especial definida genéricamente con los nombres de propiedad intelectual é industrial y que hasta entonces carecía de un departamento propio en los Códigos de derecho común, y son la propiedad literaria y artística, las patentes de invención, las marcas de fábrica y de comercio y el ejercicio de las profesiones liberales.

3º La Segunda de las Conferencias Internacionales Americanas, celebrada en Méjico en 1902, se limitó en materia de codificación del Derecho Internacional Privado y Público, á sancionar la Convención de 27 de Enero, por la cual se resuelve instituir una comisión de cinco jurisconsultos americanos y europeos para que organicen los referidos Códigos, por los cuales se regirían las relaciones entre las naciones de América. Nada se hizo en el sentido de dar ejecución á este convenio, que tampoco fué ratificado. Además de los asuntos de carácter político ó económico, la Conferencia de Méjico revisó con visible progreso la obra del Congreso de Montevideo en lo relativo á las propiedades intelectual é industrial y profesiones liberales; y unos y otros de estos instrumentos legislativos

deberán servir de antecedentes á la Junta de Jurisconsultos que se constituyese, según nuestro proyecto, para metodizar mejor su trabajo, determinar sus alcances y aumentar sus informaciones. Documento de indudable importancia, en este sentido, es el tratado sobre extradición suscripto por diezisiete de las naciones americanas el 28 de Enero de 1902.

4º Por fin, aunque no pretendemos enumerarlos en detalle,—por ser tarea innecesaria como difícil de cumplir con exactitud,—existen numerables tratados parciales concluidos entre casi todas las naciones del continente y entre éstas y las de Europa, en los cuales las materias aisladas de la comprensión del Derecho Internacional Privado han sido estipuladas y puestas en vigencia en diversas épocas; de manera que el nuevo codificador podría seguir la filiación de los principios, y determinar aquellos en que el acuerdo ha existido ó existe aún, ya en el sólo campo de los tratados, ya en la legislación interna, con la cual rara vez podrán hallarse en pugna.

Así como el Congreso Jurídico de Lima y de Montevideo y en su caso, el de Méjico, ninguno que se celebre en América podrá prescindir de la fuente de ciencia, experiencia y doctrina que ofrecen las convenciones, uniones y tratados celebrados por las naciones de Europa entre sí, y á los cuales concurren los maestros más eminentes del Derecho universal y los diplomáticos más expertos. Allí la historia de la codificación del Derecho Internacional Privado ocupa ya una vasta sección de la general del derecho europeo, y el número de institutos, publicaciones permanentes, congresos, negociaciones diplomáticas y uniones consagradas á esta labor, es ya considerable y tan conocido, que no nos detendremos á enumerarlos, sino en las líneas y caracteres más generales y demostrativos, no sólo del vastísimo material que aportarían á la obra de la codificación en América, sino para establecer las diferencias de fondos ó de forma que la peculiaridad de la historia, la sociabilidad ó la geografía de nuestro continente, impondrían en el Derecho europeo ó universal.

El hecho jurídico más marcado á este respecto es el de la forma en que se manifiesta la vocación de la época, según la exposición de un jurisconsulto, y es la que se caracteriza por la tendencia de todos los países civilizados á constituirse y mantenerse en estado de uniones internacionales, de manera que los contratantes "se someten á un régimen uniforme, del punto de vista que debe aplicarse á ciertas materias, ó bien, del punto de vista de la organización y funcionamiento de ciertos servicios públicos". Si es verdad que se ha conseguido constituir grandes uniones en favor de la protección de ciertos derechos especiales, como la propiedad industrial ó de autor, ó de servicios como los de ferrocarriles, correos y telégrafos, lo es también que en materia de derecho internacional privado tales uniones generales han sido en Europa, y siguen siendo de una lenta y penosa gestación. La historia de los esfuerzos de Italia para convocar un Congreso general con ese objeto desde 1861 á 1885, basta para medir hasta qué grado son una fuerza de resistencia las tradiciones y los intereses acumulados por los siglos en las sociedades antiguas, contra las corrientes del nuevo espíritu ó las nuevas formas del derecho común,

en su tendencia actual á la uniformidad en el mayor espacio posible.

Aparte de los trabajos permanentes de los institutos, corporaciones y publicistas, en el sentido de armonizar las ideas sobre una codificación general, como la noble tarea que desde 1873 realiza el "Instituto de Derecho Internacional" de Gante, por sus iniciativas de conferencias y tratados y por sus valiosos estudios científicos é históricos, y la no menos importante de la "Asociación para la reforma del derecho de gentes", de Inglaterra, la fuente de estudio más metódica y definida en tales materias, es la que ofrecen las Conferencias de la Haya, desde 1893 á 1904 y cuyos objetos se condensan como sigue:

1ª De 12 a 27 de septiembre de 1893. Después de diversas ideas respecto á los alcances del programa, se resuelve tratar puntos especiales, y comprendió: 1º, el matrimonio; 2º, la forma de los actos; 3º, las sucesiones *ab intestato* y por testamento; 4º, la competencia judicial y otras cuestiones de procedimiento.

2ª De 25 de junio á 13 de julio de 1894. El programa comunicado por el Gobierno de los Países Bajos á los demás Estados comprendía: 1º, los efectos del matrimonio con relación á las personas y á los bienes de los esposos, disolución y nulidad y separación personal; 2º, tutela é interdicción; 3º, asimilación de los extranjeros á los nacionales, caución *judicatum solvi* y asistencia gratuita; 4º, tutela; 5º, sucesión y testamentos. Distribuido el trabajo en cinco comisiones, una por cada número del programa, se redactaron los proyectos correspondientes. Quince Estados concurrieron á esta Conferencia.

3ª De 12 de mayo á 18 de junio de 1900. Continuación de la de 1893, la Tercera Conferencia se propuso revisarla y confirmarla en cuanto fuese posible, y así quedaron estipuladas convenciones sobre los siguientes puntos: 1º, para regir los conflictos de las leyes sobre matrimonio; 2º, sobre separación y divorcio; 3º, sobre tutela de menores; las cuales fueron suscritas por los Gobiernos de los trece Estados concurrentes, el 12 de junio de 1902.

4ª De 16 de mayo á 7 de junio de 1904. Los representantes de los Gobiernos de Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumania, Rusia, Grecia y Suiza, convinieron en llevar á la aprobación de sus Gobiernos proyectos de convenciones sobre los siguientes puntos: 1.º, procedimiento civil; 2º conflictos de leyes en materia de sucesiones y testamentos; 3º, conflictos de leyes sobre los efectos del matrimonio, sobre los derechos y deberes de los esposos con relación á las personas y bienes; 4º, interdicción y medidas protectoras; y 5º, quiebra.

Hemos expuesto con cierta proligidad estos antecedentes, con el solo objeto de presentar en síntesis el desarrollo que ha adquirido hasta ahora la obra de la codificación, no sólo en el sentido de las sanciones y la autoridad creciente que adquieren las Conferencias europeas sobre tales materias, sino también para que pueda compararse la obra de aquellas con las de América, respecto al concepto jurídico, al contenido y alcances que los jurisconsultos y los Gobiernos atribuyen al anhelado Código de Derecho Internacional Privado. La Comisión que hubiera de constituirse, según nues-

tro proyecto, tendrá así material y fuente doctrinal copiosa para la tarea propia, y para definir con mayor exactitud el contenido y las divisiones metódicas de su trabajo.

III

La mayor parte de los proyectos presentados sobre esta proposición del programa, en cuanto se refieren al Código de Derecho Internacional Público, reconocen la conveniencia de eliminar una tarea de carácter puramente teórico, y por tanto la de contraerse al estudio de cuestiones de interés real de las naciones que hayan de subscribir los respectivos convenios. Si la Comision que trazó el programa de la Conferencia hubiese tenido en vista la primera idea, habría sin duda recomendado alguno de los proyectos de código existentes, los cuales sistematizan la ciencia en forma dispositiva é imperativa, adelantándose idealmente al que será acaso en un porvenir remoto, el término de las relaciones entre los Estados soberanos.

Parece racional pensar que el "Derecho Público europeo", del que participa la América toda, como parte integrante de la civilización occidental, y de cuyas doctrinas y normas jurídicas ha alimentado su propio derecho positivo, han de experimentar transformaciones de índole geográfica, territorial, étnica, histórica, que, sin desvirtuar la naturaleza y espíritu del derecho de la Europa, vienen á imponer en éste cierta variante, limitada sólo á satisfacer aquellas condiciones que ningún legislador puede alterar ni menos suprimir: no puede acortar ó empobrecer, ni ensanchar ó estrechar el cauce de los grandes ríos navegables, ni distribuir ó configurar los territorios de manera diversa á lo que lo fueron por la naturaleza, ni suprimir las altas y ramificadas montañas que surcan el continente, ni transformar en un día el sedimento histórico secular dejado por la civilización, las costumbres y las tradiciones legislativas, entre las cuales se educaron todas las generaciones anteriores de los pueblos de América. Y así, el derecho de gentes positivo, que según lo expresan Holtzendorff y Bonfils, "se halla en estado de permanente evolución, de transformación constante, y no llega jamás á una conclusión dogmática completa, capaz de seguir en vigencia en el presente y el porvenir", es una serie de luchas constitutivas de la vida común de las naciones, en sus conflictos y armonías incesantes, y ellas van, como en el proceso de la ley común interna, constituyendo leyes históricas ó sociales, que el Estado ó la conciencia jurídica del medio que lo rodea, convierten en mandatos.

No obstante, la continua labor de organización de esta ciencia, formada de influencias recíprocas de los tratados y de las doctrinas, va por grados acercando la conclusión del cuerpo completo de prescripciones que llevan una fuerza obligatoria, la de las convenciones que las originaron, los usos y costumbres, y la sanción de la conciencia civilizada, y de las grandes potencias, ó núcleos transitorios de ellas. "Supuesto, como dice un jurisconsulto brasileño, que en su estado presente el derecho internacional forma un todo vivo y orgánico, dominado por un espíritu común, y bajo la acción de afinidades íntimas, todavía es cierto que él se compone de asuntos que ofrecen una grande variedad de caracteres, los cuales difícilmente se prestan á ser distri-

buidos en clases diversas, constituida cada una por atributos ó notas específicas, ligadas por principios superiores"; pero los Códigos ya formulados no son en su totalidad puras teorías, porque tienen el mismo carácter positivo de las obras doctrinales, desde que también estas reflejan los resultados de la experiencia y de la historia, y ya que no se puede esperar sino como *desiderata* futuros una sanción total, pueden grupos numerosos de Estados, por el sistema de las uniones más ó menos extensas, acercarse al final de aquel propósito, ó constituir núcleos de materias de interés palpitante para aquellas, que, sancionadas á la vez, ó sucesivamente, llegasen á formar un verdadero Código, ó la base angular de un futuro Código más amplio.

Entretanto, como modelos sistemáticos de obras de esta clase, no siendo abundantes, y por tanto fáciles de enumerar, son conocidos los siguientes proyectos, algunos de los cuales gozan de merecida y universal autoridad:

a) "Saggio di codificazione del diritto internationale" de A. Paroldo, Génova, 1851;

b) "Précis d'un code de droit internationale", de Danim Petrushevecz, Leipzig, 1861;

c) "Outlines of an International Code", de David Dudley-Field, New York, 1876;

d) "Le Droit International Codifié", de Bluntschli, 1863;

e) "Il diritto internationale codificato é la sua sancione giuridica", de Pascual Fiore, 1898;

f) Y pueden agregarse las célebres Instrucciones de Lieher, de 1863, para los ejércitos en campaña de los Estados Unidos, y la serie de los tratados históricos que desde Viena hasta La Haya, vienen elaborando el Derecho Público de las naciones modernas.

La obra de la codificación del Derecho Internacional Público no es, pues, una utopía, por más distante que pudiera hallarse el término de su realización definitiva é integral, y bastaría para demostrarlo, el hecho de existir la coincidencia de intereses políticos de un grupo de Estados sobre un determinado grupo de cuestiones, y que esta armonía se traduzca en una convención práctica. El deseo común de las naciones de América se ha manifestado ya en dos Conferencias generales, en la de Méjico por el citado acuerdo de 27 de enero de 1902 sobre nombramiento de la Comisión de Jurisconsultos, y la actual, en cuyo programa figura el mismo tema que tratamos de resolver por medio del adjunto proyecto.

Ni puede limitarse el precedente á estas solas reuniones, pues es familiar la historia de los Congresos políticos americanos, proyectados ó realizados en 1822, 1826, 1847, 1880 y el que dispuso convocar el Gobierno de Colombia por ley de 19 de noviembre de 1898, es decir, "de un Congreso Internacional formado de plenipotenciarios de las Repúblicas latino-americanas, con el objeto de definir la condición de los extranjeros en América, y los *otros principios de derecho público americano* que el mismo Congreso halle conveniente fijar". Entre las cuestiones que se proponía someter al estudio de este Congreso se mencionaban el arbitraje, la colonización extraña á la América, la integridad territorial, el tránsito interoceánico y fluvial, el corso, la extranjería, la extradición y la excep-

ción de los reos políticos y definición del bloqueo.

Entre los últimos problemas discutidos ó resueltos por los congresos é institutos, ó por los hechos mismos durante las últimas guerras, la Conferencia de La Haya, en su noble labor de suprimir gradualmente las causas de los conflictos armados, por la constitución cada vez más perfecta de los medios jurídicos, ha estipulado en 29 de julio de 1899, bases para resolver, aclarar ó definir con mayor precisión y espíritu de justicia, los actos comprendidos en estos tópicos:

1º Leyes y costumbres de la guerra terrestre;

2º Adaptación á la guerra marítima, de los principios de la Convención de Ginebra, de 22 de agosto de 1864;

3º Prohibición, por cinco años, de lanzar proyectiles ó explosivos desde los globos ú otros medios de naturaleza semejante;

4º Prohibición del empleo de proyectiles que diseminan gases nocivos, y el uso de balas explosivas;

5º Proposición para discutir en la próxima Conferencia las cuestiones relativas á los derechos y deberes de los neutrales, la inviolabilidad de la propiedad privada en la guerra marítima y el bombardeo de puertos, ciudades y aldeas por fuerzas navales.

No son estas solas las cuestiones que las guerras últimas, en territorios del nuevo como del viejo continente, han puesto en tela de juicio ante el criterio jurídico, sino las que se derivan de los últimos inventos en la aplicación de la electricidad á las comunicaciones, en particular, al empleo de la telegrafía sin hilos en la guerra, en conflicto con los derechos de soberanía de los Estados intermedios, lo que indujo el Gobierno de S. M. Británica á adoptar reglamentos que entran en el dominio del Derecho Internacional, y la clasificación de una cantidad de artículos, del punto de vista del contrabando de guerra.

Estas materias, aunque surjan de la experiencia ó la iniciativa europea, deben interesar á la América, empeñada en aportar al progreso del Derecho de Gentes, el contingente de su propia observación ó de sus caracteres físicos y sociales exclusivos.

Era, pues, imposible para la Comisión, sin verse obligada á entrar en un orden de estudios que habría sido contrario al límite fijado á la Tercera Conferencia, detenerse á formular la nómina de los tópicos que habrán de ocupar la atención de las comisiones codificadoras: ésto habría valido acaso tanto como trazar los proyectos de códigos directamente, y entonces buscó la fórmula consignada en su artículo 5º que se limita á recomendar:

1º A la comisión que deba redactar el proyecto del Código de Derecho Internacional Privado, que tenga en cuenta las convenciones y tratados existentes entre las naciones de América y especialmente los tratados de Montevideo de 1889 y de Méjico de 1902;

2º A la que se encargarse del proyecto de Código de Derecho Internacional Público, además de las cuestiones que los respectivos Gobiernos indicasen por comunicaciones especiales, ó por intermedio de sus representantes en la Junta de Jurisconsultos, aquellas materias ó puntos sobre los cuales existiese acuerdo entre los tratados y leyes de los respectivos Estados de América, los que signifiquen un progreso jurídico efectivo, ó que tien-

dan á eliminar causas de desinteligencias ó conflictos entre ellos.

Por tal método se conseguía un triple objeto de indudable conveniencia y necesidad: no limitar ni obstruir la acción de los gobiernos para pedir la inclusión de asuntos de verdadero interés político, social ó jurídico de sus Estados, y que no hubieran sido previstos por la Conferencia; no coartar la libertad de iniciativa ó de ciencia de los jurisconsultos, quienes al mismo tiempo llevarán las instrucciones de los mandantes para incluir temas de índole práctica, nacidos del estudio previo que ellos realizarán por sí ó con el auxilio de especialistas, en caso necesario, de los antecedentes de cada país, de los documentos legislativos pre-existentes, ó de los adelantos irrecusables del Derecho de Gentes universal.

En cuanto al argumento que pudiera formularse contra el proyecto,—pues es corriente en toda empresa de este género, sobre su carácter utópico, sobre la dificultad de realización, sobre el prejuicio de la inacción de todos los gobiernos llamados á darle cumplimiento,—todo el texto del convenio se halla combinado para hacer posible y fácil su ejecución, desde que ella estriba en la voluntad de los propios Estados, los que con ello manifestarán á la vez decisión de ratificar la obra de las delegaciones, y su propósito de dar á las Conferencias americanas un carácter de seriedad que nadie estaría autorizado para poner en duda.

De tal manera, no solamente llegarán á desvanecer todo motivo de conflictos de leyes privadas sobre personas y cosas relaciones de familia ó de negocios, formas procesales y otras, sino que, al preocuparse de resolver por reglas permanentes las posibles causas de desinteligencias políticas, habrán contribuido á la tarea en que las más sabias instituciones jurídicas del mundo se hallan empeñadas, en favor de la formación de un código de derecho privado, y al mismo tiempo, á consolidar más hondamente la paz internacional en América.

Se ha preocupado la Comisión de establecer algunas reglas de procedimiento para la Junta de Jurisconsultos, en atención á salvar los primeros pasos de su organización y primer impulso en la tarea, siguiendo en esto el ejemplo de las últimas convenciones de La Haya, en las cuales la división del trabajo, fundada sobre la división metódica de la materia, ha quedado ya consagrada como un medio, acaso único, de afrontar tareas como esta. Ha atribuido á la Junta facultades suficientes para que pueda desenvolverse con amplitud y soltura, sin reatos reglamentarios, siempre incómodos, y sin restricciones de procedimiento que embarazan las mejores iniciativas.

Cree la Comisión que estas consideraciones bastan para dar una idea del espíritu y ventajas del proyecto que tiene el honor de someter á la aprobación de la Conferencia, y se permite afirmar que si se logra dar cima al propósito de constituir la Junta de Jurisconsultos y favorecer sus tareas con providencias necesarias y oportunas, que ninguna dificultad pueden ocasionarles, la Tercera Conferencia será una de las más fecundas y meritorias, porque habrá realizado una obra vivamente anhelada por los representantes más altos del pensamiento jurídico de la época.

Saludamos al señor Presidente con nuestra más distinguida consideración.

Río de Janeiro, 22 de agosto de 1906.

Señor Presidente de la Tercera Confe-

rencia Internacional Americana, doctor don Joaquín Nabuco.

ACUERDO

La Comisión presentó el siguiente proyecto que fué aprobado sin modificación alguna en sesión de 23 de Agosto de 1906.

ARTÍCULO PRIMERO. Una Junta Internacional de Jurisconsultos, que se compondrá de un representante por cada uno de los Estados signatarios, nombrado por su respectivo gobierno, se constituirá para tomar á su cargo la preparación de un proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y otro de Derecho Internacional Público, que reglen las relaciones entre las naciones de América. Dos ó más gobiernos pueden nombrar de acuerdo un solo Representante, el cual en este caso tendrá un voto.

ART. 2º Las comunicaciones de los nombramientos de los miembros de la Junta serán dirigidas por los Gobiernos que se adhieran á la presente Convención, al de los Estados Unidos del Brasil, el que podrá disponer lo conveniente para hacer efectiva la primera sesión.

Estos nombramientos serán comunicados al Gobierno de los Estados Unidos del Brasil antes del 1º de abril de 1907.

ART. 3º La primera reunión de la Junta se realizará en la ciudad de Río de Janeiro en el trascurso del año 1907, y se considerará constituida cuando se hallen reunidos los Representantes de doce, por lo menos, de los Estados signatarios.

La misma Junta designará las fechas y lugares de sus reuniones posteriores, siempre que el plazo de la última permita comunicar á los Gobiernos alguno de los proyectos concluidos, ó partes importantes de los mismos, un año, por lo menos, antes de la fecha que se designará para la Cuarta Conferencia Internacional Americana.

ART. 4º Reunida la Junta con el objeto de organizarse y distribuir el trabajo entre sus miembros, podrá dividirse en dos comisiones distintas que se ocupen, la una de preparar el proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, y la otra el de Derecho Internacional Público, debiendo en este caso proceder separadamente hasta la terminación de su mandato, ó en la forma de la cláusula final del artículo 3º.

Una y otra comisión pueden recabar de los Gobiernos la adscripción de peritos especiales para determinados estudios, en vista de la más pronta y eficaz terminación de sus proyectos, pudiendo fijar plazos razonables para su presentación.

ART. 5º Con el objeto de determinar las materias que deben comprender los proyectos, la Tercera Conferencia Internacional Americana recomienda á las comisiones que presten atención preferente á los principios y puntos que hayan sido objeto de acuerdos uniformes en los tratados y convenciones, y en que exista conformidad entre las leyes nacionales de los Estados de América, y especialmente tener en cuenta los tratados de Montevideo de 1889, los proyectos adoptados en la Segunda Conferencia Internacional celebrada en Méjico en 1902, y los debates á que unos y otros dieron lugar y demás cuestiones que importen un progreso jurídico efectivo, ó que tiendan á la eliminación de causas de desinteligencias ó conflictos entre aquellos mismos Estados.

ART. 6º Los gastos que demande la preparación de los proyectos, inclusos los de los estudios técnicos que se requiriesen, de acuerdo con el artículo 4º, serán abonados por todos los Estados signatarios en la misma proporción y forma establecidas para el sostenimiento de la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas, de Washington, con excepción de honorarios de los miembros de la Junta, que serán pagados por cada Gobierno á los que hubiese nombrado.

ART. 7º La Cuarta Conferencia Internacional Americana hará constar en uno ó más tratados los principios sobre los cuales se obtuviere acuerdo, procurando su adopción y ratificación por las Naciones de América.

ART. 8º Los Gobiernos que tengan á bien ratificar la presente Convención, lo harán saber al de los Estados Unidos del Brasil, á fin de que dicho Gobierno lo comunique á los demás por la vía diplomática, haciendo este trámite las veces de canje.

Río de Janeiro, 21 de Agosto de 1906.

***

PROYECTO DE CONVENCIÓN QUE "FIJA LA CONDICIÓN DE LOS CIUDADANOS NATURALIZADOS QUE RENUEVAN SU RESIDENCIA EN EL PAÍS DE ORIGEN" CON UN INFORME EXPOSITIVO SOMETIDO POR EL DOCTOR L. S. ROWE, EN NOMBRE DE LA DELEGACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

Naturalización

"La conveniencia de celebrar un Convenio que comprenda el principio de que el ciudadano naturalizado en uno de los países contratantes y que se radique nuevamente en su país de origen, sin la intención de regresar á aquel donde se naturalizó, sea considerado como que ha renunciado á su naturalización en dicho país, presumiéndose que existe el intento de no regresar cuando la persona naturalizada resida más de dos años en su país de origen."

La condición de los ciudadanos naturalizados en el extranjero y que regresan á su país natal, ha sido una de las cuestiones más enojosas é irritantes que se han presentado á las Repúblicas del Continente Americano. Fué necesario una lucha prolongada y persistente para obtener de los Gobiernos europeos el reconocimiento del derecho de expatriación, y una vez reconocido, quedó aún por resolver lo que se refiere á la condición de un ciudadano que, naturalizado en país extraño, renueva su residencia en el de su origen.

La cuestión es de vital importancia para los Estados del Continente Americano, debido al contraste que ofrecen sus leyes y las de los países de Europa. En general, se puede decir que la política de los referidos Estados, ha sido la de no hacer distinción alguna entre los nacionales y aquellos ciudadanos naturalizados que al viajar ó mientras residen en países extraños llegan á necesitar protección, al paso que las leyes de los países europeos, y en especial las de Gran Bretaña, no dan por efectiva "la naturalización de un extranjero en el evento de su regreso al país natal, á menos que ella sea reconocida por las leyes de éste ó hubiere sido objeto de estipulaciones en algún tratado firmado con el país que concede la naturalización."

El derecho de expatriación así como la doctrina de que la naturalización exonera al ciudadano de las obligaciones provenientes de su anterior condición, fueron formulados definitivamente en las instrucciones del 18 de diciembre de 1848, enviadas por el señor Buchanan, entonces Secretario de Estado, al Ministro Americano en Londres.

"No podemos reconocer diferencia alguna—decía—entre unos y otros (naturales y naturalizados) ni tampoco podemos permitir que esto se desconozca por cualquier gobierno extranjero, sin protestar y oponernos contra ello de la manera más enérgica. Los súbditos de otros países que por su voluntad han abandonado el país natal y han aceptado los favores que le conceden nuestras leyes, al emigrar á los Estados Unidos, se hicieron ciudadanos americanos y son acreedores al beneficio de los mismos derechos y privilegios que tendrían si hubiesen nacido en dicho país. Tratarlos de otra manera, sería violar nuestra buena fe así como el más solemne de nuestros deberes."

Esta enunciación prematura de la doctrina no fué aceptada por los sucesores inmediatos del Secretario Buchanan, hasta que por fin en 1859, después que Mr. Buchanan había subido á la Presidencia, se proclamó de nuevo y ampliamente, el principio de que desde el momento que un extranjero se naturaliza "experimenta un renacimiento político. Una barrera infranqueable lo separa de su país natal. Por cualquiera cosa que diga ó haga ú omita hacer ó decir no será él, en su nuevo carácter, más responsable que si hubiera nacido en los Estados Unidos. Si regresare por acaso al país de su origen, regresaría como ciudadano americano y en ningún otro carácter... Para que un Gobierno tenga derecho de castigarle por algún delito, éste debe haber sido cometido en la época en que el naturalizado era súbdito y debía obediencia á ese Gobierno y ha de ser de tal naturaleza que hubiere permitido procesarlo y castigarlo al tiempo de su partida" (1).

El no reconocimiento por parte del Gobierno de los Estados Unidos de diferencia entre la condición de ciudadanos natos y naturalizados, en cuanto se refiere al derecho que tienen á ser protegidos, ha dado lugar continuamente á complicaciones internacionales. En los Estados Unidos de América las dificultades con los países europeos provenientes de esta cuestión, dieron por resultado finalmente la celebración de una serie de convenciones, siendo la primera de éstas la que se celebró con la Confederación de Alemania del Norte, que fué ratificada el 9 de mayo de 1868 y proclamada por el Presidente el 27 de mayo. El artículo 4º de este Convenio establece:

"Si un alemán naturalizado en América renueva su residencia en el Norte de Alemania, sin la intención de regresar á la América, se le considerará como habiendo renunciado á su naturalización en los Estados Unidos.

"Recíprocamente, si un americano naturalizado en el Norte de Alemania, renueva su residencia en los Estados Unidos, sin intención de volver á la Alemania del Norte, se considerará que renunció á su naturalización en este último país.

(1) Mr. Cass. Secretario de Estado á Mr. Wrigh, Ministro en Prusia, 8 de julio de 1859. Documento Ejecutivo del Senado XXXVIII. Congreso 36, 132. Estas instrucciones ponían de manifiesto las ide del Presi lente.

Se puede suponer que existe la intención de no volver al país de naturalización cuando la persona naturalizada en uno de los países reside más de dos años en el otro país."

Tratados que contienen disposiciones idénticas fueron celebrados: con el Reino de Baviera el 26 de mayo de 1868 y proclamado el 8 de octubre del mismo año; con Dinamarca por el tratado firmado en 28 de julio de 1872 y proclamado el 15 de abril de 1875; con el Gran Ducado de Hesse por convenio firmado el 1º de agosto de 1868 y proclamado el 31 de agosto de 1869; con Suecia y Noruega por el protocolo de 26 de mayo de 1869; con el Reino de Wurtemberg por el tratado firmado el 26 de julio de 1868 y proclamado el 7 de marzo de 1870.

La posición asumida por los Estados Unidos fué aún más fortalecida por la Ley del Congreso de 27 de julio de 1868, en la cual se declara que la expatriación es un derecho natural é inherente á las personas y en la cual se establece el principio de que la naturalización exime á las personas que de ella gozan de sus deberes para con el país natal. Dispone, además, dicha ley que: "Todo ciudadano naturalizado en los Estados Unidos, cuando viaja en países extranjeros tiene derecho á recibir, como en efecto recibirá de este Gobierno, con relación á su persona y propiedades, la misma protección que se otorga á los ciudadanos nativos".

Los adversarios de la doctrina formulada en dicha Ley, mantienen que la naturalización crea un nuevo deber de obediencia que viene á agregarse al que ya existía para el ciudadano naturalizado, y no lo exonera de las obligaciones inherentes á su carácter de ciudadano del país natal y que, por consiguiente, no existiendo tratado que contradiga esa doctrina, dichas obligaciones se imponen tan luego como la persona regresa á su país de origen.

Estas irreconciliables opiniones han dado lugar á muchas é irritantes controversias, por lo que es de extremada conveniencia que se llegue á adoptar una norma definitiva que evite mayores malas inteligencias. Verdad es que las controversias de mayor importancia que se han suscitado sobre la materia, originaron entre gobiernos americanos y europeos, pero no es menos cierto que un acuerdo entre las Repúblicas Americanas contribuirá en grado no pequeño á garantir un reconocimiento más general de un principio definitivo por parte de los gobiernos europeos.

A este respecto es conveniente llamar la atención sobre un punto de redacción. En todos los tratados que más arriba se han citado se dice que: *se puede* suponer que existe el propósito de no volver cuando la persona naturalizada en uno de los países reside por más de dos años en otro país. Bajo tal concepto el Ministerio de Relaciones Exteriores sostiene que dos años de residencia constituyen apenas mera probabilidad, *prima facie* del abandono de la nacionalidad. La fórmula que se propone, encierra una regla más definida al decir que la intención de no regresar, *se presumirá* que existe desde que la persona naturalizada reside por más de dos años en el país de origen. Esta suposición puede, naturalmente, ser refutada por medio de pruebas en contrario. Se adoptó un plan semejante en el tratado de naturalización del 6 de mayo de 1872 entre los Estados Unidos

y la República del Ecuador. Las disposiciones de este tratado son las siguientes: (1)

"ART. 2º Si un ciudadano naturalizado en cualquiera de dos países renueva su residencia en aquel en que nació, sin la intención de regresar á aquel en que fué naturalizado, será considerado como habiendo readquirido las obligaciones de ciudadanía original y haber renunciado á la que obtuvo por naturalización.

"ART. 3º Una residencia de más de dos años en el país natal de un ciudadano naturalizado, será interpretada como una intención de su parte de establecerse allí sin propósito de volver á aquel en que fué naturalizado. Esta suposición, sin embargo, puede ser refutada por medio de prueba en contrario."

La aceptación común de la fórmula propuesta que establece el modo de considerar la condición de ciudadanía de los naturalizados que vuelvan á residir en sus países de origen, hará desaparecer uno de los principales factores que más han contribuido á originar rozamientos internacionales y evitará, al mismo tiempo, la repetición, entre los gobiernos de de las Repúblicas Americanas, de cuestiones que tan importante papel han representado en las relaciones diplomáticas en los Estados americanos y en los europeos.

ACUERDO

PROYECTO DE CONVENCIÓN, QUE FIJA LA CONDICIÓN DE LOS CIUDADANOS NATURALIZADOS QUE RENUEVAN SU RESIDENCIA EN EL PAÍS DE ORIGEN, APROBADO POR LA CONFERENCIA, EL 13 DE AGOSTO DE 1906.

Las Repúblicas de:

(El orden en que los varios países representados en la Conferencia se coloquen aquí, será el que la Conferencia haya adoptado para tales Convenciones).

Representadas en la Tercera Conferencia Internacional Americana, por sus respectivos delegados, los señores;

---

(1) Los efectos de esas cláusulas motivaron la discusión habida en el caso de Julio Romana Santos, de origen ecuatoriano y naturalizado en los Estados Unidos, el cual fué preso y encarcelado en el Ecuador en 1884, por estar acusado de haber participado, bajo el mando del General Alfaro, en un movimiento revolucionario. El Ecuador alegó que el acusado había renovado su ciudadanía original, al paso que los Estados Unidos sostenían lo contrario.

En el curso de la discusión, el señor Bayard decía, en 1.º de mayo de 1885:

«Forma parte integrante de la soberanía de toda nación el fijar los términos en que la obediencia de sus propios nacionales se obtiene y se conserva. En el tratado del Ecuador con los Estados Unidos, estos abren mano de una parte del tal derecho al admitir que dos años de residencia en el Ecuador pueden crear el indicio de que el ciudadano en cuestión abriga el propósito de establecerse allí. Al estipular también el derecho de poderse refutar esa prueba en lo que se refiere á dicha intención, los Estados Unidos recaban para sí el derecho pleno y absoluto cual es la condición de sus ciudadanos en un caso determinado. Ese derecho no puede en parte ser coartado por el Ecuador: debe ser ejercitado exclusivamente por los Estados Unidos, como un atributo de su soberania. El Ecuador no puede oponer á ese derecho privativo una mera negativa que contradiga pruebas que sean satisfactorias para los Estados Unidos. El único derecho que podría asistir al Ecuador, para contradecir tales pruebas, sería demostrar que el interesado había llevado á cabo algún acto que significase una renuncia manifiesta, voluntaria y positiva de ciudadanía en los Estados Unidos. Es este un acto que, según las leyes del Ecuador, debería haber sido llevado á cabo para que el interesado recobrase su ciudadanía ecuatoriana. En otros términos, no se puede admitir con relación al propósito aludido, otra refutacion que no sea la que tenga por base una amplia información sobre el punto legal.»

(El orden en que los varios países representados en la Conferencia se coloquen aquí, será el que la Conferencia haya adoptado para tales Convenciones).

Los cuales, deseando celebrar una Convención para dar cumplimiento á la proposición VI del programa de dicha Conferencia, han acordado las siguientes disposiciones:

ARTÍCULO PRIMERO. Si un ciudadano nativo de cualquiera de los países firmantes de la presente Convención y naturalizado en otro de estos, renovase su residencia en el país de su origen, sin intención de regresar á aquel en el cual se hubiere naturalizado, se considerará que reasume su ciudadanía originaria y que renuncia á la ciudadanía adquirida por dicha naturalización.

ART. 2º La intención de no regresar se presumirá cuando la persona naturalizada resida en el país de su origen por más de dos años. Pero esta presunción podrá ser destruida por pruebas en contrario.

ART. 3º Esta Convención se pondrá en vigencia entre los países que la ratifiquen, tres meses después de la fecha en que comuniquen dicha ratificación al Gobierno de los Estados Unidos del Brasil; y quedará en vigencia entre dichos Estados por un año más á partir de la fecha en que fuere denunciada por cualquiera de ellos. La denuncia de esta Convención por parte de cualquier Estado signatario se dirigirá al Gobierno de los Estados Unidos del Brasil, y sólo surtirá efecto en cuanto al país que hiciese la denuncia."

(Las firmas de los varios Estados seguirán en el orden adoptado por la Conferencia para tales documentos.)

———

INFORME DE LA COMISIÓN SOBRE PATENTES DE INVENCIÓN Y MARCAS DE FÁBRICA Y COMERCIO.—PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA.

I

Señor Presidente: La Sextá Comisión tiene á su estudio las dos proposiciones, la IX y XII del Programa de la Tercera Conferencia, y por razones, á su juicio evidentes, ha resuelto reunirlas en un solo despacho, como lo hace en el proyecto adjunto. La primera de ellas indica el estudio de los tratados de Montevideo y de Méjico que se refieren á la propiedad industrial (patentes de invención, dibujos, modelos y marcas de fábrica y de comercio), y además, recomendaciones que tiendan á la uniformidad de las leyes de la materia y de los procedimientos á que den lugar, y creación de una Oficina Internacional para el Registro de las marcas de comercio; la segunda se refiere exclusivamente á la propiedad literaria y artística, y como la anterior, sobre la base de los tratados de Montevideo y de Méjico.

No ha podido menos la Comisión, al afrontar el estudio de estos dos temas, que procurar darse cuenta del problema en sí mismo en toda su amplitud, en sus antecedentes y actualidad, para ver si podía decidirse á aconsejar á la Honorable Conferencia la adopción de los temperamentos sugeridos por el texto del Programa. A este respecto no ha dejado de notar la tendencia manifestada por la gran mayoría de los Estados americanos hácia la extensión de la protección de sus leyes internas en favor de la propiedad extranjera, tendencia que consta en la diversidad de los tratados y convenciones que casi todas ellas han sus

cripto con otros del continente ó de Europa, ó á las cuales han adherido posteriormente.

Desde luego, si se examina la vieja cuestión sobre conveniencia ó inconveniencia de dar pleno reconocimiento y garantía dentro del territorio á la patente, marca ú obra extránjera, ella no puede ofrecer dificultad cuando se refiere á una acción del principio limitado á las naciones de América, á las de orígen latino, por la situación de desarrollo más ó menos igual en que se hallan las que pueden competir ó considerarse perjudicadas, y en cuanto á las demás, por la razón innegable de la comunidad de orígenes y destinos, y el deber de recíproca ayuda y concurrencia de las más adelantadas, sobre las que lo están menos, en punto á desenvolvimiento comercial, industrial ó intelectual. Y por lo que se refiere á los Estados Unidos, cuya política á este respecto presenta los mismos caractéres de extender su protección, por su adhesión á la Convencién Internacional de París en materia de propiedad industrial, y en cuanto á la literaria y artística, la evolución realizada en sus últimas leyes es visiblemente dirigida á instituir, al amparo de la Ley Chase, de de 3 de marzo de 1891, una unión especial fundada sobre la base de la reciprocidad de otras leyes ó convenciones, y á la cual han sido ya incorporadas Inglaterra (el Reino Unido), Francia, Bélgica, Suiza, Dinamarca, Italia, Alemania, Portugal, España, Méjico y Chile, y no parece improbable que, dadas las declaraciones de la Convención de Berna, á su vez, los Estados Unidos se adhieran á ella (TH. E. SCRUTTON, *The law of Copyright*, ch. IX) por la inclusión de las naciones que la subscriben, en la unión de la ley americana.

Por último, cuando se trata de la conveniencia de una Unión en que los Estados más prósperos entren sobre la misma base que los menos desarrollados, debe recordarse que el progreso económico de las naciones más grandes se debe á la liberalidad con que han reconocido y protegido la obra, invento ó idea extranjera; y á este respecto, un autor moderno hace notar que la Europa acaso no habría avanzado mucho sobre su situación del siglo XVII, si Jacob I no hubiese declarado, en 1623, que los inventores, de cualquier país que llegasen, serían propietarios de sus invenciones durante catorce años, en Inglaterra. Y agrega: "se concibe cómo á este llamamiento dirigido á todos los inventores del continente, se apresuraran á pasar el estrecho con sus descubrimientos, y cómo la Inglaterra se adelantó sobre el resto del mundo en materia de fabricación y comercio". (H. RACLAU, *Brevets d'invention*, 1905).

Traemos este ejemplo, en este punto, sólo para responder de antemano al probable argumento de la desigualdad de posición en que se hallan todas las naciodes de América, de origen latino, con relación á los Estados Unidos, y para acentuar nuestro aserto de que, de tal unión aquellas solo tienen que esperar beneficios, pues que por todos los medios deben impulsar el desarrollo de sus industrias propias; y este resultado no se obtendrá si cierran las puertas al genio universal, como ocurrirá por fuerza si los frutos de su invención no son protegidos ni reconocidos legalmente en su suelo.

Por otra parte lo que podríamos lla-

mar el derecho general americano sobre propiedad industrial é intelectual, está ya formulado en los textos parciales de los tratados y convenciones vigentes entre algunas naciones de la América latina, y y con otras de Europa, como ocurre con las que han adherido á las Convenciones de París y de Berna, con las que han suscrito y puesto en vigencia las del Congreso de Montevideo, de 1889, y con las que se han incorporado á la unión de la Ley Chase, de los Estados Unidos, ya citada; siendo aquí de advertir que cuatro naciones europeas, Italia, Francia, Bélgica y España han adherido y han sido admitidas á las ventajas que ofrece el penúltimo de los congresos mencionados. Existe, pues, la base de un derecho general, reconocido separadamente por diversas naciones de América, y así, la idea de una unión expresa de todas ellas no puede parecer aventurada, tanto más cuanto que sus representantes en la Oficina Internacional de Washington han creido ya oportuno indicarla, aunque restringida, al estudio de la Tercera Conferencia.

Los antecedentes de los tratados sobre los tres tópicos, de las marcas de fábrica y comercio, patentes de invención y propiedad literaria y artística con relación á los Congresos en que fueron discutidos, el de Montevideo, Washington y Méjico, son mui conocidos, y no requieren sino breves palabras en consonancia con el espíritu de este informe. La diferencia más visible, respecto de los dos primeros, es que, mientras en Montevideo se hicieron dos convenciones distintas sobre patentes y marcas, en Méjico se reunieron en una sola, después de una discusión en que se tocaron varios puntos de importancia como la eficacia y utilidad de un tratado sobre esas materias y la conveniencia de la creación de una Oficina Internacional. El resultado de ese debate fué el reconocimiento de la necesidad de un tratado internacional sobre esos asuntos, y la refundición en un sólo texto de los siguientes: *a*) tratados de Montevideo, reunidos los dos tópicos en un solo cuerpo; *b*) algunos de los principios de la Convención de París de 1883; *c*) algunas de las bases del Convenio de Madrid de 1891, si bien nada se formuló respecto á la creación de la Oficina Internacional.

Sobre propiedad literaria y artística, el Congreso de Méjico tuvo que estudiar tres textos distintos, el del tratado de Montevideo, el del proyecto de la Delegación de Haití y el de la Delegación de Chile. Concebidos los dos últimos sobre el mismo modelo del primero, adicionado con algunas cláusulas inspiradas en la Convención de Berna de 1886, su contenido final, suscripto por casi todos los representantes allí reunidos, sólo introduce, respecto del de Montevideo, las enmiendas contenidas en los artículos 4°, 5°, 6°, 8° y 11, que sin duda alguna lo completan y mejoran, sin que hasta este momento se hubiese iniciado, en otros documentos legislativos de esta índole, principios que puedan ser incorporados por la presente Conferencia, y de tal importancia que puedan motivar una modificación al texto suscripto en Méjico el 27 de enero de 1902, sino es la ampliación que resulta del proyecto de la actual comisión y en la forma que ella la presenta.

Esta ha sido también la causa por la cual la Comisión no ha subsistido su dictámen en lo relativo á las patentes y marcas, por el proyecto de la ilustrada Delegación de los Estados Unidos de Mé

jico, según el cual, la Conferencia recomendaría á las naciones de América la adhesión á la Convención de París de 1886, pues su adopción en tal forma habría significado la anulación de lo convenido en el Congreso de 1902 y acaso la salida de los términos de la proposición IX del Programa, que da su norma de procedimiento á la presente Conferencia.

Por lo que respecta al fondo del asunto, hemos entendido que esta no había sido llamada á ocuparse de estudiar el problema de las relaciones de esta especie entre los Estados americanos y europeos, sino de los de América entre sí, sin que esto importe en modo alguno desconocer, ni los grandes y sábios modelos legislativos que la Europa nos ofrece, ni la más absoluta libertad que cada nación americana tiene para orientar su política en estas materias, respecto de las del antiguo continente, en el sentido que sus intereses ó sus ideas dominantes le aconsejan.

A pesar de esto, la Comisión encuentra altamente laudable el móvil que ha guiado á la Delegación Mejicana al presentar su proyecto, y cree que la tendencia cada día más acentuada de la política de los Estados americanos es hácia el reconocimiento universal del derecho de propiedad industrial é intelectual, entendiendo por tal reconocimiento, la protección efectiva, dentro del territorio nacional, de todo derecho concedido en el de otro país.

Por los fundamentos expuestos y otros que á continuación se expresan, la Comisión ha optado por este triple temperamento:

1º Conservar el texto íntegro de los tratados de Méjico, sobre patentes y marcas y propiedad literaria y artística;

2º Proyectar la constitución de la unión americana para la protección de la propiedad intelectual é industrial, reuniendo ambos aspectos del derecho en un solo cuerpo legal;

3º Creación de la Oficina Internacional encargada de realizar en la práctica la referida Unión, incorporando, en cuando sean aplicables á las condiciones peculiares de las naciones de América, las disposiciones de las últimas convenciones y en particular la de Madrid de 1891.

(Continuará)

DERECHO

MATERIAS DE DERECHO

TRATADAS EN LA TERCERA CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA

(Continuación)

II

Es muy común entre los pueblos nuevos, el sentimiento proteccionista, en orden á estas materias, y entendemos por tal el que desea poner á contribución de su propio engrandecimiento el fruto de la labor extraña, sin sujeción á las responsabilidades del reconocimiento respectivo del derecho que la invención técnica ó la producción intelectual traen consigo; y también es frecuente, y casi una ley inevitable, que la falta de sanción del derecho del extranjero da lugar á una invasión incalificada de obras ó productos sin valor real ni selección conveniente, pues que, tratándose de trabajos de la inteligencia, sólo se introducen en grandes cantidades aquellos que más halagan las pasiones, las debilidades, los vicios ó las tendencias inmorales de las multitudes, que las cualidades superiores ó las inclinaciones más nobles, las que se manifiestan sólo con un cultivo más intenso de la mente colectiva.

Por lo que respecta á las invenciones de la ciencia, la industria ó las artes útiles, ellas acuden allí donde encuentran ambiente y recompensa, y donde su aplicación puede ser fecunda en beneficios; pero no necesitan ir donde no hallan aquellas condiciones; y por eso los pueblos que cierran sus puertas á la producción extraña, se deparan á si mismos el aislamiento y la dependencia de otros, pues que, no siendo la era de los inventos espontánea, sino fruto de una prolongada area educativa, el desarrollo y expansión de las industrias y las artes propias tardarán mucho más en aparecer allí, que si se anticipasen á abrir el territorio á las influencias naturales del genio y de la labor extraños. La precisión y eficacia de las leyes y de las fórmulas que aseguran el derecho del inventor es un cuidado que corresponde á todo gobierno solícito por los intereses más primordiales de su industria ó de su vida económica, pues, como dice un autorizado especialista alemán, "el inventor que

desea hacer valer su obra ó su marca de fábrica en las mejores condiciones posibles, no ha de perder de vista que le importa mucho poseer un título que le asegure formal é integramente sus derechos. El que se proponga comprarlos se informará siempre, con el mayor cuidado, de la extensión de la protección legal con que puede contar, así como de la corrección del título y la claridad y precisión de los textos que forman la base de los derechos que pretende adquirir". De la eficacia práctica de la ley, ó de la garantía que el Estado ofrece, depende, pues, la corriente del espíritu de industria y de trabajo que estimula la investigación de problemas, traducidos después en inventos, descubrimientos ó creaciones que aceleran el progreso y bienestar de las sociedades.

La emigración de un invento, ó de una marca, ó de un producto útil hácia otro país distinto del de su origen, es, además, un hecho dependiente, en primer término, de la ley económica, y en segundo, de los alicientes que una buena legislación le ofrece; y fenómeno semejante ocurre en el orden intelectual. La circulación de unos y otros, en mayor ó menor espacio del mundo, será una consecuencia de la liberalidad con que la conciencia social y las formas legislativas de todos los países acogen los productos nuevos de la industria, del comercio ó de la inteligencia. Y es natural que esas emigraciones ó corrientes se establezcan con más regularidad allí donde existe un medio económico ó moral semejante, y no restringido por obstáculos, derivados de la protección excesiva al producto propio, ó la falta de garantías suficientes para la subsistencia ó circulación del producto extraño. Ninguna barrera de esta especie es concebible entre las naciones de la América, y todo el problema se reduce, entonces, á encontrar los medios prácticos de hacer efectiva la protección internacional, y estos medios no son ya un secreto desde que existen en Europa las Uniones, cuyos esfuerzos aunque graduales, van abriéndose camino para la unificación del derecho en más vasta porción de la tierra.

Estas uniones han procurado desde su establecimiento obtener la incorporación de los Estados de América, los cuales han optado por una prudente reserva, ó cuando menos, por una conducta expectante sobre los resultados que aquella adhesión pudiera producir. Entretanto, una unión franca y abierta entre los Estados del continente americano será el mejor ensayo que pudieran realizar de este régimen, para decidirse más tarde por extenderla ó conexionarla con las que en Europa se hallan ya cimentadas en la letra de las convenciones, y en las costumbres de la industria, el comercio ó de la vida intelectual. Al mismo tiempo, cuando en una vasta porción del mundo civilizado los derechos de la inteligencia, ya se apliquen á la industria, ya á la ciencia, la literatura ó el arte, se hallan protegidos en la forma eficaz y amplia de las uniones internacionales, no es posible que en el continente que ocupa la raza latina se mantenga aún,—excepción hecha del Congreso de Montevideo,—el sistema del aislamiento en unos, ó de los pactos bilaterales en otros, sin procurar formarles un ambiente más vasto y propicio á la mayor productividad. Esas uniones reales, en formación, disueltas ó no continuadas, y cuya enumeración en este informe completa nuestro raciocinio, son las siguientes:

1ª Convención de Berna, de 9 de septiembre de 1886, con sus dos anexos, el protocolo de clausura de la misma fecha y el acta adicional de París de 1896: es la más vasta, autorizada, fecunda y práctica de las uniones sancionadas hasta ahora, y sirve de modelo ó de iniciación á todo acto de esta naturaleza;

2ª El Congreso de Dresde de 1895, el cual llevó más adelante las conclusiones del acta adicional á la Convención de Berna, que creó la Oficina Internacional para la protección de la propiedad literaria y artística, pues, en sus declaraciones 1ª, 3ª y 4ª da á la Oficina Central todo el carácter de un organismo jurídico, dotado de jurisdicción suficiente para intervenir entre los Estados, los Tribunales y los particulares para la constitución del derecho ó del registro originario, y para la solución directa de los conflictos que la propiedad intelectual originase, y en calidad de tribunal técnico pericial y de interpretación de los tratados y convenciones;

3ª La declaración cambiada entre Dinamarca y los reinos entonces unidos de uecia y Noruega, que constituyen una unión interescandinava;

4ª La ley imperial británica de 25 de unio de 1886, llamada "Ley Internacional de la propiedad literaria y artísticas", que dispone que toda ley de esta materia dictada en el Reino Unido, se aplicará á las obras literarias y artísticas producidas en cualquiera de las posesiones coloniales, del mismo modo que se tratase de una obra producida en Inglaterra (49 y 50 Vict. c. 33, t. 8); y de ella dice un autor reciente que tiene el valor de una constitución colonial del vasto imperio británico, en materia de propiedad intelectual;

5ª La Convención constituida por la ya citada Ley Chase, de los Estados Unidos de América, de 3 de marzo de 1891, sobre la base de la proteccion acordada á las obras extranjeras con cargo de reciprocidad y á la cual se han incorporado once Estados del antiguo continente y cuatro del nuevo, esto es, Cuba, Chile, Costa Rica y Méjico;

6ª La Convención suscripta en el Congreso de Montevideo, varias veces citada, entre las Repúblicas Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Oriental del Uruguay y á la cual se han adherido Bélgica, España, Francia é Italia;

7ª El tratado relativo á la propiedad literaria, artística é industrial, suscripto en Guatemala el 17 de junio de 1897, entre las cinco Repúblicas de la América Central y no ratificada aún por todas ellas y que constituye una verdadera Unión Centro-Americana;

8ª Por último, la Convención firmada en la Segunda Conferencia Internacional Americana de Méjico, el 27 de enero de 1902, ratificada solamente por seis de las naciones signatarias, la misma que esta Comisión aconseja confirmar y ratificar.

Cuando se tiene presente esta ya larga serie de actos legislativos de carácter internacional, y que en su conjunto abarcan casi todo el mundo civilizado, no se puede vacilar en la adopción para las naciones americanas de una unión más extensa, por medio de la cual ellas concurran á ensanchar los límites de la protección acordada al derecho intelectual y ni desconocer la posibilidad de que las diversas zonas de protección que cada uno de esos acuerdos, tratados ó convenciones constituye, lleguen á confundirse en día no lejano y dar existencia al

derecho universal de la propiedad intelectual, pudiendo decirse igual cosa de la relativa á la industria. Es que "el concepto del derecho de gentes se ha extendido al mismo tiempo que la actividad de las relaciones entre pueblo y pueblo; éstas se han vuelto más incesantes y múltiples; el derecho interno ha evolucionado en todas partes en un sentido á la vez más lato y más humano y por un fenómeno natural é inevitable, el derecho internacional ha seguido la misma pendiente".

Las nociones relativas á la universalidad de los derechos civiles van extendiéndose en general, cada día, y el derecho de la propiedad es, quizás, el que menos diversidades presenta en las legislaciones, en cuanto á su reconocimiento y garantía, hasta el punto de servir de piedra angular para la constitución de toda sociedad política libre; y aunque las peculiaridades que en relación á su naturaleza y destino en el bienestar de aquella tienen los derechos de propiedad intelectual é industrial en la ciencia política, en cuanto subsisten en poder de los inventores ó autores, ellas son sin duda verdaderos derechos privados, y en este sentido, tienen igual concepto y alcances que el común.

Tal es, además, la razón por la cual la Comisión los ha reunido en un mismo cuerpo de doctrina legal, y los ha colocado bajo el mismo sistema de protección extraterritorial, siendo semejantes sus orígenes, su modo de exteriorización y desarrollo, y las formas que exigen y han impuesto á la ley para su constitución, ejercicio y defensa. Esta reunión se traducirá inevitablemente en mayor sencillez y eficacia, en cuanto á los medios de tutelarlos en la esfera internacional, y no es aventurado afirmar que ellos marcarán un paso adelante con relación á las uniones antes firmadas, restringidas á un sólo aspecto de la cuestión. Hemos abordado, pues, la reforma, en este sentido, de la Convención de Berna, convencidos de que su sistema no obedece sino al deseo de no confundir en un solo acto derechos que se han juzgado tradicionalmente como de diferente alcurnia intelectual. Entretanto, el fenómeno intelectual que les da origen, nacimiento y vida externa, es el mismo, y una sola nobleza los iguala, y es la nobleza sin igual del trabajo, en cualquiera de sus formas creadoras.

III

Partiendo de este concepto inicial, la Comisión no ha encontrado el menor inconveniente para reunir bajo una sola dirección lo que las convenciones de París de 1886 y de Madrid de 1891 han colocado bajo dos diferentes, y es de notar que, si se comparan los textos del protocolo final de París, que establece la oficina para la protección de las obras literarias y artísticas, y del arreglo relativo á la centralización del Registro de Patentes y Marcas, se ve que hay entre ellas tal semejanza, que no justificaría en América la creación de un doble juego de empleados, cuando de una buena elección dependería una gran disminución de gastos, aparte de la lógica y natural coordinación de los servicios. Luego, la tarea de esta reunión en un solo instrumento legal, era no sólo facilísima en la forma, sino que resultaba de inmensos beneficios en cuanto á la protección del derecho mismo, ya que la unificación del Registro en materia de propiedad indus-

trial, y la uniformidad del reconocimiento del derecho de autor, constituyen una de las más vivas propagandas de los publicistas contemporáneos. Para hacer efectivo este último, las legislaciones nacionales requieren como condición el depósito de la obra literaria ó artística en una oficina pública que registra el hecho con todas las circunstancias que dan existencia á la propiedad: una y otra, entonces, se forman por el mismo procedimiento y producen los mismos efectos jurídicos.

El proyecto que la Comisión presenta se funda en estos principios, y se propone realizar la unidad de la protección internacional tan deseada, y desde luego realizable en una Unión de Estados, que en grado más ó menos amplio de desarrollo, poseen las condiciones necesarias para realizar aquelle aspiración. Refiriéndose en particular á las marcas de comercio, dice uno de los principales miembros de las oficinas de Berna: "tal como una persona, la marca tiene una situación de derecho y de hecho. En *derecho*, está dotada de un estatuto personal fundado sobre la ley nacional; además, ella goza de un derecho á la protección resultante de las estipulaciones del arreglo de 1891. En el *hecho*, el registro internacional constituye el punto de partida del derecho á la protección. Pero, como lo hicimos ya constar, este registro debe apoyarse sobre un depósito nacional anterior, en cuya virtud la marca está ya protegida en su país de origen. Así el registro internacional es una consecuencia del registro nacional, como la protección internacional es una extensión de la nacional... Por otra parte, es necesario tener en cuenta que para todo lo relativo al ejercicio del derecho á la protección, la marca queda sometida en cada país á la *lex loci*, lo que es natural é inevitable. Ocurre esto principalmente en cuanto á la competencia administrativa ó judicial, en caso de oposición, colisión ó falsificación". Este principio, además, se halla expecificado en el tratado de Méjico, al declarar que la ley aplicable en materia penal es la del lugar en que el delito se ha cometido. (Art. 13 del Tratado sobre Patentes y Marcas, y 13 de! de Prop. Lit. y Art.)

Una ligera reseña del proyecto bastará para dar una idea de su fácil y sencillo mecanismo. La distribución geográfica de los países de América hacía necesario considerar el problema de las comunicaciones recíprocas en que se funda la Unión, y desde luego, el establecimiento de una sola oficina en tan vasto continente, ofrecía dificultades insuperables. Luego, una división de los países en dos grupos se imponía, sobre la base de su mayor proximidad, y al efecto de centralizar sus registros en dos oficinas idénticas y simultáneas, que respondiesen á aquella circunstancia, de manera que todo registro comunicado á la una sería transmitido por esta á la otra, realizándose así la uniformidad con menos pérdida de tiempo y de gastos. Así, han quedado distribuidas las naciones de América en los dos nucleos que siguen;

1º Estados Unidos de América, Estados Unidos de Méjico, Colombia, Venezuela, Salvador, Costa Rica, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Panamá, Cuba, Haití y Santo Domingo: sede de la Oficina, la Habana.

2º Estados Unidos del Brasil, República Oriental del Uruguay, República Argentina, Paraguay, Bolivia, Chile,

Perú y Ecuador: asiento de la Oficina, Río de Janeiro.

Para la organización, reglamento, control, gastos y demás actos de vigilancia sobre el funcionamiento de las dos oficinas, el proyecto adopta el mismo sistema que rige para las oficinas de Berna y la de Washington, modelos que han permitido resolver sin la menor dificultad toda cuestión que pudiera presentarse al respecto. Así, los gobiernos de Cuba y del Brasil quedarían encargados por la Conferencia, de las funciones que la de Berna encomendó al de Suiza, y que los convenios de 1890 y 1902 sobre la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas pusieron bajo el control del Gobierno de los Estados Unidos de América. En caso de constituirse, por la adhesión suficiente al tratado adjunto, las "Oficinas para la Protección Internacional de la Propiedad Intelectual é Industrial", sus recursos serían los que resultasen de la concurrencia establecida por el acuerdo de 1890, en Washington, con más un emolumento fijo de $ 5 oro americano, que cada interesado abonará en el acto de constituir su derecho, y destinado á aumentar el fondo de mantenimiento del servicio internacional.

Se ha colocado la Comisión en el caso de que no llegasen á reunirse las condiciones necesarias para el establecimiento de aquellas oficinas, y entonces se ha preocupado de resolver la duda que quedaría respecto de la efectividad de los tratados de Méjico, que por el proyecto se confirman. El artículo 10 resuelve el caso en la siguiente proposición alternativa:

1º Si concurren á la creación de la Oficina las dos terceras partes de los Estados que se requieren para ella, las disposiciones de los tratados relativos al registro en cada uno de los signatarios, quedarían de hecho substituidas por las del proyecto en cuanto establece un registro central;

2º Si no concurre el número suficiente de Estados para ese objeto, los tratados de Méjico quedan en vigencia en su totalidad y en su actual sentido, esto es, que para aquellos Estados no regiría la Unión, ni lo prescripto para la centralización del Registro se aplicaría á ellos y seguirían rigiéndose á ese respecto por el sistema del registro múltiple.

Así los Gobiernos americanos en realidad pueden todavía optar, en virtud de los artículos 10 y 11, por uno ú otro sistema, si bien no creemos que, una vez admitido el reconocimiento del derecho constituido en país extranjero, pudiera existir una razón atendible para preferir el oneroso registro múltiple, al sencillo, protector y expeditivo registro único, que allana todas las dificultades con que hasta ahora ha tropezado la efectividad de aquel derecho, y cuyos fundamentos amplios y sin réplica doctrinal posible, se hallan en los ya citados convenios de París y de Madrid.

La razón de soberanía queda eliminada por las disposiciones del proyecto que se fundan en el principio inicial de la ley del país de origen, y en el predominio de la ley nacional, para todo cuanto afecta á la Constitución, término, mutación, caducidad y pérdida del derecho; y en cuanto á la razon económica, la hemos analizado al comienzo de este informe, y si ella hubiera de tomarse en cuenta para no establecer la Unión, existiría también para no suscribirse los tratados, pues estos se fundan en el mismo reconoci

miento de la propiedad internacional. En cuanto á la renta de que pudieran privarse los Estados por renunciar al nuevo registro de toda marca, patente ú obra que ya lo fueran en el país de origen, su valor no compensa la pérdida mayor, que resulta del retraimiento impuesto por el recargo de gravámenes en cada uno de los demás donde haya que hacerlos valer. Esta situación ha sido descrita por el autor de un reciente estudio sobre el registro internacional, diciendo:

"Para hacer proteger una marca en diferentes países es necesario proceder á otros tantos registros, teniendo en cuenta las condiciones particulares de cada administración, su lengua, sus exigencias fiscales. De ello resulta que un fabricante ó comerciante sólo rara vez pueden hacer por sí mismos el depósito en varios países: se ven obligados á emplear intermediarios,—y la ley á veces hace de esto una obligación,—y cuyos honorarios deben agregarse á las tasas administrativas. Resulta de esto, para todo depósito, una serie de molestias y gastos múltiples, que se procuran evitar en lo posible, y entonces, ó no se hacen depósitos de marcas en el extranjero, ó sólo se depositan en el país donde hay un interés muy especial en hacerlo". Estas y otras consideraciones relativas á la diferencias de legislación, procedimientos, plazos, etc., bastan para explicar, según el mismo autor, la escasa proporción de los depósitos internacionales, con relación al número considerable de marcas depositadas cada año en los países industriales (POINSARD, *L'enregistrement int.*, Abril, 1905).

Un punto importante resuelto por el proyecto, es también el de la duración de la protección internacional, que el Convenio de Madrid fija en veinte años para las marcas de fábrica y de comercio, pero que cada legislación nacional determina de modo distinto para cada materia. Un plazo único no era posible, dado, 1º la diversidad de leyes entre los países de la Unión, en cuanto á duración de los derechos de propiedad intelectual é industrial; 2º la diversidad de plazos, ya se trate de patentes de invención, ya de marcas, ya de obras literarias ó artísticas; luego, lo más natural era buscar un término común razonable, conciliatorio entre la naturaleza del derecho en sí mismo, y el interés de los Estados y de la industria y el comercio.

En cuanto al derecho de autor, si bien la variedad de legislaciones ha oscilado y oscila constantemente, dado su carácter especial, el inmediato interés que la sociedad tiene en apropiarse cuanto antes de las obras de la inteligencia, la transacción que desde luego significa, entre el interés privado y el público, la fijación de un tiempo de goce exclusivo del autor y de sus sucesores, la Comisión ha creido optar por un sistema favorable al más rápido desarrollo de la cultura pública, limitando la duración del derecho á 25 años después de la muerte del autor; todo esto, se entiende, el proyecto de convenio lo establece sólo en ausencia de ley nacional que fije el tiempo de duración del derecho que ella concede, pues, en todo caso, como ya se dijo, se parte de la base de la ley del país en que fué constituido.

Excusamos mayores fundamentos y referencias sobre el contenido del proyecto, porque entendemos que su texto es bastante claro respecto de las funciones generales que se atribuyen á las Oficinas Internacionales. Estas no son, por lo demás, una novedad sino en cuanto al te-

rritorio de su aplicación, pues se hallan legisladas de manera semejante en otros países correspondientes á diversas uniones de esta y otra naturaleza.

Pero antes de concluir este informe, es menester expresar nuestra creencia de que este convenio significa un adelanto considerable en una rama de la legislación tan llena de vicisitudes y cambios, y en que tantos prejuicios han contribuido á cerrar el paso al progreso de las ideas. Si el Congreso de Montevideo fué una indicación feliz y avanzada, confirmada en su doctrina por los de Washington y Méjico, la resolución de la Tercera Conferencia, que adoptase decididamente el régimen de la Unión sobre la base del registro ó depósito único para la protección internacional, habrá despejado en primer lugar, un camino hasta ahora lleno de obstáculos y de vacilaciones, fijando ya el principio de justicia internacional ya por nadie desconocido, y en segundo, habrá hecho posible la recíproca influencia de la labor intelectual de los pueblos de América, ya sea en el campo de las invenciones de la industria y seguridad del comercio, ya en el más amplio de las producciones de la ciencia, la literatura y el arte, que llevan en sí la fuerza más efectiva que acerca á las naciones, las obliga á comprenderse mejor, á estrechar sus vínculos de raza ó de un interés superior, y á eliminar las causas de desaveniencias, recelos, y aún conflictos, que sólo tienen por origen el aislamiento, y la ausencia de intercambio de sus producciones ó de sus ideas.

Saludamos al señor Presidente con la más distinguida consideración.

Río de Janeiro, agosto 14 de de 1906.

(Firmado) J. V. González.—Amaro Cavalcanti.—Luis Milian Lafinur.—A. Y. Montague.—Adolfo Guerrero.—J. A. González Lanuza.—G. Cardus Huerta.

Al señor Presidente de la Tercera Conferencia Internacional Americana, Dr. Joaquín Nabuco.

Proyecto de la Delegación de Méjico á la Tercera Conferencia Internacional Americana.

En materia de Patentes y Marcas de Comercio, los principios adoptados en las Convenciones de Montevideo y de Méjico guardan estrecha concordancia con los que inspiran el tratado concluido en París el 20 de marzo de 1883, y adicionado por los protocolos firmados en Madrid en abril de 1891; pero es de observarse que en tanto que las convenciones de Montevideo y de Méjico no han surtido efectos prácticos en lo general, el tratado de París ha logrado la adhesión de buen número de naciones europeas y americanas, en virtud, seguramente, de los resultados positivos y benéficos que produce en servicio de la protección á la propiedad industrial, por medio de la Oficina Internacional que según el mismo tratado existe en la ciudad de Berna.

Estas consideraciones nos mueven á pensar que para conseguir la aplicación práctica de los principios que en las Convenciones de Montevideo y de Méjico se han reconocido como de utilidad á los países americanos, sería medida adecuada la de adherirse estos países al tratado de París que, como antes dijimos, está basado en las mismas tendencias que aquellas convenciones; y es de tenerse en cuenta que con la adopción de esta medida, gran número de naciones europeas y todas las

americanas, es decir, la inmensa mayoría del orbe civilizado, quedarían sujetas al mismo derecho convencional, dando así un paso muy significativo hácia el ideal de unificar las reglas que norman las relaciones internacionales. Por otra parte, son de inmensa ventaja las consecuencias que para las repúblicas americanas se seguirían de poder inscribir sus marcas de comercio en una oficina como la de Berna, cuyos títulos de registro constituyen la más poderosa defensa contra la falsificación, y á la que concurren los productores europeos á registrar sus marcas, favoreciendo así el conocimiento de nuestros productos en Europa y estimulándose una corriente de intercambio en los dos continentes, que alentará el desarrollo industrial y económico de los pueblos americanos y ofrecerá grandes ventajas á los consumidores.

Por estas razones, la Delegación de Méjico tiene el honor de presentar á la Conferencia el siguiente proyecto:

"La Tercera Conferencia Internacional Americana recomienda á las repúblicas de América que no estén sujetas al tratado celebrado en París en 1883 sobre Patentes y Marcas de Comercio y á los Protocolos Adicionales al mismo, firmados en Madrid en 1891, que se adhieran á dichos tratados y protocolos.

Convención,

PRIVILEGIOS Y MARCAS DE FÁBRICAS Y PROPIEDAD LITERARIA Y ARTÍSTICA

Artículo primero. Las Naciones signatarias adoptan en materia de patentes de invención, dibujos y modelos industriales, marcas de fábrica y comercio, y propiedad literaria y artística, los tratados subscriptos en la Segunda Conferencia Internacional Americana de Méjico, el 27 de enero de 1902, con las modificaciones que en la presente Convención se expresan.

Art. 2.º Se constituye una *Unión* de las Naciones de América, que se hará efectiva por medio de dos Oficinas que, bajo la denominación de *Oficinas de la Unión Internacional Americana para la Protección de la Propiedad Intelectual é Industrial*, funcionarán, una en la ciudad de la Habana, y otra en la de Río Janeiro, en completa correlación entre sí, y tendrán por objeto *centralizar* el registro de obras literarias y artísticas, patentes, marcas, dibujos y modelos, etc., que se registraren en cada una de las Naciones signatarias, de acuerdo con los tratados respectivos, y á los efectos de su validez y reconocimiento en las demás.

Este registro internacional es puramente facultativo para el interesado, quien queda en libertad de solicitar, por sí mismo ó por medio de apoderado, el registro de cada uno de los Estados en que pida protección.

Art. 3.º La Oficina establecida en la ciudad de la Habana atenderá los registros procedentes de los Estados Unidos de América, de Méjico, de Venezuela, Cuba, Haití, Santo Domingo, San Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Guatemala, Panamá y Colombia.

La Oficina establecida en la ciudad de Río Janeiro atenderá los registros que procedan de las Repúblicas de los Estados Unidos del Brasil, de la República Oriental del Uruguay, República Argentina, Paraguay, Bolivia, Chile, Perú y Ecuador.

ART. 4.º A los efectos de la unificación legal del Registro, las dos Oficinas Internacionales, que solo se dividen en atención á la mayor facilidad de las comunicaciones, se consideran como una sola, y á este fin se dispone: *a*) que ambas lleven los mismos libros y la misma contabilidad, bajo un idéntico sistema; *b*) que mensualmente se trasmitan entre sí copias autenticadas por los Gobiernos en cuyos territorios tienen su asiento, de todo registro, comunicación ú otros documentos que afecten al reconocimiento del derecho de los propietarios ó autores.

ART. 5.º Cada uno de los Gobiernos adherentes á la Unión remitirá al fin de cada mes, á la Oficina que le corresponda según el artículo 3.º, copias autenticadas de todo registro de marcas, patentes, dibujos, modelos, etc., y ejemplares de las obras literarias y artísticas que se hubieren registrado en ellas, así como de toda caducidad, renuncia, trasmisión y otras mutaciones que se produjeren en los derechos, de acuerdo con los tratados y leyes respectivas, á fin de que sean comunicados ó distribuidos, y notificados, *según los casos*, por la Oficina Internacional que corresponda, á las Naciones que se hallan en relación directa con ella.

ART. 6.º El registro ó depósito hechos en el país de origen, de conformidad con la ley nacional de éste y transmitido por la respectiva administración á la Oficina Internacional, será notificado por ésta á los demás de la Unión, los que le darán entera fe y crédito, salvo cuando se hallase en el caso previsto por el artículo 9.º del Tratado sobre Patentes, Marcas, etc., de Méjico, y en el de falta de los requisitos esenciales al reconocimiento de la propiedad internacional, si se trata de obras literarias ó artísticas, de acuerdo con el tratado de esta materia subscripto en Méjico.

A fin de que los Estados que forman la Unión puedan aceptar ó rehusar el reconocimiento de los derechos concedidos en el país de origen, y para los demás efectos legales de dicho reconocimiento, aquellos Estados tendrán un año de plazo desde la fecha de la notificación por la Oficina correspondiente.

En caso de negativa del reconocimiento de una patente, marca, dibujo, modelo, etc., ó del derecho sobre una obra literaria ó artística, por alguna de las administraciones de los Estados que forman la Unión, la harán saber á la Oficina Internacional con la relación y motivos del caso, para que ésta la trasmita, á su vez, á aquella de donde procede y á la parte interesada, á los efectos que corresponda según las leyes internas.

ART. 7.º Todo registro ó reconocimiento del derecho intelectual é industrial, hecho en uno de los países de la Unión, y comunicado á los demás en la forma prescripta en los artículos anteriores, surtirá los mismos efectos que si hubiese sido registrado ó reconocido en todos ellos, y toda nulidad ó caducidad del derecho, producida en el país de origen, comunicada en la misma forma á los demás, tienen en éstos los mismos efectos que en aquél.

La duración de la protección internacional derivada del Registro será la de las leyes del país que hubiese otorgado ó reconocido el derecho; y si ellas no contuviesen esta disposición, ó no señalasen tiempo, será: para las patentes, de 15 años; para las marcas de fábrica ó de comercio, modelos y dibujos industriales, de 10; y para las obras literarias y

artísticas, de 25 años después de la muerte del autor: los dos primeros plazos pueden renovarse ilimitadamente por los mismos trámites del primer registro.

ART. 8.º Las Oficinas Internacionales para la Protección de la Propiedad Intelectual é Industrial serán regidas por un mismo Reglamento, proyectado de acuerdo por los Gobiernos de las Repúblicas de Cuba y de los Estados Unidos del Brasil, y aprobado por todas las demás de la Unión. Su presupuesto de gastos, sancionado por estos mismos Gobiernos, será costeado por todos los signatarios en la misma proporción establecida para la Oficina Internacional de las Repúblicas Americanas, de Washington, y se hallará á este respecto bajo el control de los Gobiernos en cuyo territorio tengan su asiento.

A la tasa de los derechos que el país de origen exija por los registros ó depósitos y demás actos que se derivan del reconocimiento ó garantía de la propiedad intelectual é industrial, se agregará un emolumento de cinco pesos oro americano, ó su equivalente en la moneda del país donde se verifique el pago, cuyo producto se distribuirá por partes iguales entre los Gobiernos en cuyo territorio funcionen las Oficinas Internacionales y al solo objeto de contribuir al sostenimiento de éstas.

ART. 9.º Además de las funciones prescriptas en los artículos precedentes, las Oficinas Internacionales tendrán las que siguen:

1.ª Reunir las informaciones de toda naturaleza que se refieran á la protección de la propiedad intelectual é industrial, publicarlas y circularlas entre los países de América, con la periodicidad conveniente;

2.ª Fomentar el estudio de las cuestiones relativas á dichas materias, á cuyo efecto podrán publicar una ó más revistas oficiales, con inserción de todos los documentos que les remitan las administraciones de los países signatarios;

3.ª Hacer presente á los Gobiernos de la Unión las dificultades que se opongan á la más fácil y eficaz aplicación del presente convenio, indicando los medios de subsanarlos ó allanarlos;

4.ª Concurrir con los Gobiernos de la Unión á preparar conferencias internacionales para el estudio y progreso de las legislaciones sobre propiedad intelectual é industrial, para las reformas que conviniera introducir en el régimen de la Unión ó en los tratados vigentes sobre la misma materia, y en caso de que tales conferencias se realicen, los directores de las Oficinas, que no hubieran sido nombrados para representar á algún país, tendrán derecho de asistir á sus sesiones, emitir sus opiniones en ellas, pero no de votar;

5.ª Presentar al Gobierno del país donde funcionen una memoria anual de sus trabajos, la que será comunicada á todos los Estados de la Unión;

6.ª Entablar relaciones de canje de publicaciones, informes y datos concurrentes al progreso de la institución, con las oficinas é institutos similares, y con corporaciones científicas, literarias, artísticas é industriales de Europa y América;

7.ª Cooperar como agente de cada uno de los Gobiernos de la Unión, para el desempeño de cualquier gestión, iniciativa ú oficios concurrentes á los fines

de la presente Convención, ante las administraciones de las demás.

ART. 10. Las disposiciones contenidas en los Tratados de Méjico, de 27 de enero de 1902, sobre patentes de invención, dibujos y modelos industriales y marcas de fábrica y comercio, y sobre propiedad literaria y artística, en cuanto á las formalidades del registro ó reconocimiento del derecho en los demás países que no sean el de origen, se consideran substituidas por las prescripciones de la presente Convención, desde que quede establecida una de las Oficinas Internacionales, y solo con relación á los Estados que concurran á su constitución; en todo lo demás, dichos Tratados quedarán en vigencia, y la presente Convención será considerada como adicional de las mismas.

ART. 11. Los Gobiernos de las Repúblicas de Cuba y de los Estados Unidos del Brasil procederán á la organización de las Oficinas Internacionales, cuando hayan ratificado la presente Convención por lo menos las dos terceras partes de las Naciones que corresponden á cada grupo de las enunciadas en el artículo 3.° No será necesario el establecimiento simultáneo de las dos Oficinas, pues, habiendo el número antes establecido de Gobiernos adherentes, podrá instalarse una sola, quedando á cargo del Gobierno en cuya sede corresponda la Oficina tomar las medidas que conduzcan á dicho resultado, haciendo uso de las facultades que contiene el artículo 8.°

En el caso de que se haya establecido una de las dos Oficinas á las que la presente Convención se refiere, podrán acudir á ella, para todos los efectos en la misma Convención previstos, los países que pertenezcan á grupo distinto de aquel al que la Oficina establecida corresponde, hasta tanto quede constituida la segunda. Cuando esta se constituya, la primera le remitirá todos los informes á que el segundo párrafo del artículo 12 se refiere.

ART. 12. Por lo que respecta á la adhesión de las Naciones de ꝑ ɔɔɔɯɔɯɐ la presente Convención, ella será comunicada al Gobierno de los Estados Unidos del Brasil, el que la dará á conocer á los demás, haciendo esta comunicación las veces de canje.

El Gobierno del Brasil, notificará, además, esta adhesión á las Oficinas Internacionales, y éstas remitirán al nuevo Gobierno adherente un estado completo de todas las marcas, patentes, modelos, dibujos, y obras literarias y artísticas registradas y que á esa fecha se hallasen bajo la protección internacional.

(23 de Agosto de 1906).

LA VOLUNTAD DE POSEER

I LA DISTINCIÓN ENTRE LA POSESIÓN I LA DETENTACIÓN EN DERECHO ALEMÁN

POR M. GEORGES CORNIL

El profesor Raymond Saleilles se ha dedicado especialmente, como se sabe, al estudio del *Bürgerliches Gesetzbuch* de 18 de agosto de 1896. Son conocidos especialmente sus notables trabajos sobre la materia de las obligaciones en derecho alemán y su importante colaboración en la traducción anotada del Código de 1896, que publica actualmente el Comité de legislación extranjera. Ahora nos da un nuevo volumen consagrado á la materia de la posesión (1). Ya el estudio particularmente interesante de la teoría posesoria había atraído antes la atención de M. Saleilles. La crítica penetrante á que sometió en 1893, en la *Revue bourguignone de l'enseignement supérieur*, la doctrina posesoria de los romanistas, fué muy nombrada. Más recientemente, en 1903 y 1904, publicó, en la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, un extracto sucinto del sistema posesorio consagrado por el derecho alemán. Ahora reune en un volumen tres importantes monografías, que se relacionan con el mismo asunto, y en las cuales se considera al derecho alemán paralelamente con el derecho francés, con el objeto de demostrar la utilidad inmediata de semejantes investigaciones para el trabajo de revisión del derecho civil que se lleva á cabo actualmente en Francia.

La monografía más extensa se refiere á la máxima: en materia de mueble, la posesión es título. Se analizan prolijamente el sentido y el alcance de esta regla en el derecho francés; después se ponen en claro los principios correspondientes que se desprenden de las disposiciones del Código Alemán; por último, como conclusión, la crítica del sistema francés y del sistema alemán nos pone en situación de apreciar el valor respectivo de cada uno.

(1) *De la possession des meubles.* Estudios de derecho alemán y de derecho francés, por Raymond Saleilles, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París. In. 8.° de III y 351 págs. París, Pichon et Durand-Auzias, 1907.

Otra monografía, menos extensa pero no menos interesante, está consagrada á la acción reinvindicatoria de posesión del Código Alemán, es decir á la acción instituida por el artículo 1007 del *Bürgerliches Gesetzbuch* para la posesión de muebles, que es una acción intermedia entre las acciones posesorias y la reivindicación de propiedad y que procede, en parte al menos, de la acción publicana de los romanos.

Estas dos monografías, en que M. Saleilles analiza ciertos efectos particulares, por cierto importantes de la posesión mobiliaria, están precedidas de un extracto general de la doctrina posesoria, en sesenta y seis páginas, titulado: *La teoría posesoria objetiva.* La lectura de esta parte general me ha sugerido las observaciones que siguen. Si he creído deber publicar estas notas, es porque no participo en todos los puntos de la manera de ver de M. Saleilles, y porque los puntos de vista de éste no son de los que pueden dejar indiferente al mundo de los jurisconsultos. ¿No es, por otra parte, rendir homenaje á sus concepciones, discutir sus resultados?

El artículo 854 del Código Civil alemán (1) proclama que la "posesión de una cosa se adquiere por la obtención del poder de hecho (*thatsächliche Gewalt*) sobre esta cosa".

Deliberadamente omite aquí el legislador alemán toda alusión á un elemento intencional ó voluntario de la posesión, *animus possidendi* ó *affectio tenendi.* Guardando así silencio sobre el elemento intencional ú objetivo de la posesión, el *Bürgerliches Gesetzbuch* ha objetivado la noción de la posesión, se dice en Alemania.

¿Qué significa objetivar? Este verbo tan grato á los pensadores del otro lado del Rhin (1) ¿responde á una idea bien precisa?

La tesis desarrollada por M. Saleilles me llevaría casi á dudarlo; porque en mi concepto, M. Raymond Saleilles, aunque se declara enérgicamente partidario del objetivismo, me parece muy sospechoso de subjetivismo, y tengo á la teoría posesoria del Código Alemán por infinitamente más objetiva que lo que la cree M. Saleilles.

De que la definición de la posesión no contenga ninguna alusión á la existencia de un elemento subjetivo cualquiera que sea, ¿habrá que deducir que el Código alemán haría abstracción completa de todo elemento intencional ó voluntario en la posesión? Esta sería seguramente la teoría más objetiva que sea posible imaginar, pues llevaría el objetivismo hasta absorber en la posesión aquella especie de relación exterior que Jhering ha llamado tan justamente la relación de simple yuxtaposición local (2). Se reconocerá sin dificultad que habría en esto una exageración manifiesta: sería evidentemente chocar de frente con las ideas corrientes dar el nombre de posesión á una relación exterior establecida en una persona fuera de toda voluntad. Toda relación posesoria, posesión ó detentación, constituye una afirmación de

(1) La mejor fuente de consulta para el lector francés es la traducción anotada del Código Civil alemán publicada por el Comité de legislación extranjera.

(1) «¿Cómo podría un alemán sostener una discusión, si se suprimiera de su vocabulario el verbo *objetivar?*» dice muy justamente Marcel Prevost en *Monsieur et madame Moloch.*

(2) Jhering: *Du rôle de la volenté dans la possession,* traducido por De Meulenaere, p. 17 y sig.

la personalidad y por consiguiente de la voluntad. Esta verdad no es desconocida en manera alguna por la definición de la posesión como simple poder de hecho; pues, en el ánimo de todos, un poder de hecho implica una voluntad, un poder de hecho no es otra cosa que la realización material de una voluntad.

Sería pues un error provocado por puntos de vista demasiado superficiales, decir que el Código alemán había hecho tabla rasa de la voluntad en la posesión. La fórmula del artículo 854 no ha suprimido la cuestión del rol de la voluntad en la posesión, sino que ha modificado unicamente la solución.

Todos reconocerán sin duda con M. Saleilles, que el sistema del *Burgerliches Gesetzbuch* no considera en la posesión el *animus* como condición independiente y distinta del *corpus*. La doctrina tradicional del derecho romano descomponía como se sabe la posesión en dos elementos distintos, el *corpus possessionis* y el *animus possidendi*. Este procedimiento, que no respetaba aun el sentido literal de los términos *corpus* y *animus* empleados por las fuentes romanas de la teoría posesoria (1), desconocía la relación existente realmente entre el elemento material ú objetivo y el elemento intencional ó subjetivo, que se encuentran reunidos en la posesión. Jhering ha tenido el mérito de demostrar que "colocando así el *corpus* y el *animus* en una sola y misma línea, como dos elementos completamente independientes se corre el riesgo de caer en el mismo error de creer que el *corpus* sería posible sin el *animus*, ó que el *animus* sería posible sin el *corpus*". Ahora bien, en la realidad, el *corpus* y el *animus* guardan entre sí una relación tal que el uno no podría existir sin el otro: el *corpus* es el hecho de la voluntad, y el *animus* no existe sino en cuanto se realiza en el *corpus* (1).

(1) Cornil, Traité de la possession, 1005, p. 21-22 y 29 nota 1.

Si, pues, los redactores del Código alemán han organizado la conspiración del silencio alrededor del *animus possidendi*, es seguramente porque han querido por lo menos colocarse en el terreno de Jhering, y considerar la voluntad del poseedor, no como un elemento constitutivo de la posesión que tendría por sí mismo una existencia propia y autónoma, sino solamente como un elemento puramente implícito que se desprende de la relación exterior ó poder de hecho en que se encuentra realizado.

La teoría posesoria del Código alemán es indudablemente tan realista ú objetiva como la doctrina de Jhering. Pero ¿no lo es más todavía? M. Saleilles piensa con razón que ha dado un paso más en la vía del objetivismo. Ha innovado en esto, pero la innovación tiene, en mi concepto, un alcance diferente del que le atribuye M. Saleilles.

Segun M. Saleilles, la reticencia deliberada del legislador alemán respecto al *animus possidendi* trae la consecuencia de que se adquiere la posesión, aún en los casos en que las ideas corrientes y los usos admitidos aceptan que puede haber poder de hecho establecido sin la voluntad y sin conocimiento del poseedor. La fórmula legislativa alemana tendría pues, por resultado elevar la relación de simple yuxtaposición local al rango de relación posesoria siempre que ésta no chocara con las ideas corrientes y los usos admitidos.

(1) Jhering, op. cit., p. 3 y sigtes.

Formulando así la innovación del *Burgerliches Gesetzbuch*, se queda aprisionado, á mi juicio, en los conceptos demasiado subjetivos que consideran en la posesión la voluntad personal y subjetiva del poseedor, y no la voluntad objetiva que se desprende exclusivamente de la relación exterior establecida.

Expliquemos nuestro pensamiento.

El derecho romano requería para establecer la posesión que procediera de la voluntad subjetiva del poseedor: no se podía adquirir la posesión sino en cuanto se la había querido personalmente (*ignoranti possessio non adquiritur*). Jhering mismo—con mucha razón por lo demás—interpreta en este sentido el derecho romano; y en prueba de ello, da el ejemplo siguiente, en que niega la existencia de toda relación posesoria, por falta de voluntad subjetiva: "Yo he comprado, dice (1), unos árboles que deben plantarse en el otoño en el jardín que he dado en arrendamiento, y he ordenado al vendedor que los envíe allí, pero no he advertido previamente al arrendatario; el vendedor lleva los árboles cuando este último se encuentra ausente. ¿*Quid* de la posesión? Los dos elementos de la posesión existen: el *animus* en mi persona, el *corpus* en la del arrendatario, que tiene, en efecto, la *custodia* del terreno. Debería, en consecuencia, admitirse la posesión. En mi concepto, ella no existe, porque al pretendido *corpus* en el arrendatario falta el *animus*; no existe, entonces, ninguna relación de detentación, sino una simple relación de yuxtaposición local".

Seguramente la doctrina de Jhering es más objetiva que la doctrina tradicional de los romanistas, puesto que Jhering rechaza buscar el criterio de la distinción entre posesión y detentación en la dirección especial impresa á la voluntad subjetiva del que se encuentra colocado en una relación posesoria. Pero, no es menos cierto, por lo demás, que Jhering, fiel intérprete de las fuentes romanas, reconocía que en toda relación posesoria el *corpus* debía tener necesariamente tras él el *animus*, es decir, una voluntad subjetiva.

Es esta última exigencia lo que ha abandonado el nuevo Código alemán. Este ha dado un paso más en la vía del objetivismo, en el sentido de que no se preocupa de averiguar si el poder de hecho corresponde ó no á una voluntad subjetiva; basta que las circunstancias en que se ha establecido el poder de hecho le den el aspecto de un poder establecido voluntariamente: basta que la voluntad se deduzca objetivamente de la situación de hecho establecida, sin que haya que averiguar si esta voluntad deducida objetivamente coincide ó no con una voluntad subjetiva.

Para hacer comprender mejor el alcance exacto que atribuyo á la innovación alemana, consideremos la hipótesis en que el interés práctico de esta innovación aparezca con más claridad, á saber: la hipótesis en que una cosa entra en la esfera de nuestra vigilancia ó *custodia*. Este contacto con nuestra esfera de vigilancia puede producirse en circustancias de hecho muy diferentes: 1º ó bien las circunstancias en que este fenómeno se produce demuestran objetivamente que se ha producido fuera de toda voluntad; entonces hay simple relación de yustaposisión local, tanto en el derecho alemán como en el derecho romano; es el caso del sombrero de un transeunte, arrebatado por el viento y que cae en

(1) Jhering, op. cit., p. 32.

mis terrenos; 2.º ó bien las circunstancias en que la cosa ha llegado á quedar bajo nuestra *custodia* demuestran objetivamente que esta situación de hecho se ha establecido voluntariamente; es el caso, por ejemplo, de las mercaderías enviadas á mis almacenes; aquí el contacto aparece objetivamente como querido. En derecho alemán, esta circunstancia de hecho basta para adquirir la posesión; mientras que en derecho romano la situación de hecho, que presenta la apariencia ó el aspecto exterior de una situación establecida voluntariamente, no podrá constituir una relación posesoria sino cuando esta apariencia corresponda realmente á la voluntad subjetiva de aquel bajo cuya *custodia* ha entrado la cosa. Sin duda el derecho romano no tomaba en cuenta una voluntad subjetiva que se hallara en contradicción con la voluntad que se deduce objetivamente de los hechos exteriores ó de la actitud tomada por el poseedor; pero todavía era preciso que, tras una situación de hecho que apareciera objetivamente como querida, hubiera realmente una voluntad subjetiva; si una cosa había entrado bajo mi custodia, yo no podía, al mismo tiempo que reconocía haber querido esta situación de hecho, desconocer que yo hubiera querido poseer, porque esta última voluntad subjetiva, en oposición con la que se deducía objetivamente de los hechos, y cuya existencia reconocía, se hallaba desprovista de toda influencia: la situación de hecho se había establecido conforme á mi voluntad subjetiva y esto bastaba para que hubiera relación posesoria; pero si una cosa había entrado bajo mi *custodia* con la apariencia de haber entrado conforme á mi voluntad, podía siempre alegarse que esta apariencia no correspondía á la realidad, y que personalmente no había querido esta situación de hecho, que, por ejemplo, no había querido que se remitieran á mis almacenes las mercaderías; entonces, á falta de voluntad subjetiva, no se adquiría la posesión: *ignoranti possessio non adquiritur.*

Es esta última influencia de la voluntad subjetiva lo que ha eliminado el Código alemán: para él, desde el momento en que una situación de hecho tiene la apariencia exterior ú objetiva de una situación querida, hay posesión, sin que pueda todavía alegarse que esta situación no procedería, en la especie, de la voluntad subjetiva del que se encuentra colocado en ella. Se podría decir del legislador alemán lo que Pablo dice de Gabinus en la ley 2 § 2 D. pro *emptore*, 41, 4.º *potius subtantiam intructur quam opinionem.*

No pensamos—nótese bien—en atribuir al poseedor, gracias á presunciones ó ficciones más ó menos sutiles, una voluntad que no tiene en realidad. Éstos expedientes solo pueden servir á los que persisten en dar una influencia decisiva á la voluntad subjetiva del poseedor. Ahora bien, el Código alemán ha abandonado precisamente el terreno de la voluntad subjetiva: no ha hecho tabla rasa del elemento intencional ó voluntario de la posesión; pero en vez de considerar este elemento intencional á la vez subjetivamente en la persona del poseedor y objetivamente en la relación de hecho establecida, se limita á considerarlo objetivamente en las circunstancias exteriores que han dado origen á la posesión. Es en esto en lo que ha innovado.

Así, en derecho alemán, cuando se llevan árboles á mi jardín, ó se envían mer-

caderías á mi almacén, ó se echan cartas en mi buzón, adquiero la posesión, aún cuando todas estas cosas hayan llegado á quedar bajo mi guarda sin mi conocimiento, ó aún contra mi voluntad, pues la voluntad subjetiva del poseedor es indiferente: basta que las circunstancias exteriores hagan aparecer el poder de hecho como voluntariamente establecido.

Por el contrario, si el sombrero de un transeunte es arrebatado por el viento y cae en mis terrenos (para tomar un ejemplo favorito de M. Saleilles), no adquiero la posesión, aunque el sombrero haya llegado así á quedar bajo mi guarda, como los árboles llevados á mi jardín ó las mercaderías enviadas á mi almacén ó las cartas echadas en mi buzón. La razón por que no debe reconocerse la posesión al poseedor del terreno, no es la falta de voluntad subjetiva del poseedor, porque, aún cuando existiera esta voluntad, no poseería sin embargo el sombrero mientras lo dejara abandonado en el sitio á donde lo llevó el viento. Si no debe reconocérsele la posesión del sombrero, es únicamente porque las circunstancias exteriores en que se ha establecido la relación de hecho no le dan el aspecto de una relación establecida voluntariamente.

Esta especie de hipótesis son las que ha tenido en vista el artículo 867 del Código alemán, cuando supone que una cosa que ha pasado al terreno poseído por otro, no ha quedado por ese solo hecho bajo su posesión. En la realidad, no es difícil discernir esta clase de hipótesis; pues cuando se establece una relación exterior de persona á cosa, basta remitirse á la experiencia de la vida diaria, á los conceptos corrientes y usos admitidos, para determinar si las condiciones de hecho en que se ha establecido esta relación, implican objetivamente y á los ojos de todos que es querida ó que se ha establecido fuera de toda voluntad.

Que se encuentre en los terrenos de mi posesión un sombrero, un porta monedas, una cigarrera ó una alhaja: nadie pretenderá que semejante situación de hecho revelaría objetivamente que la colocación de estos objetos bajo mi *custodia* habría sido voluntaria; por el contrario, todos pensarán de diversa manera, en el caso en que se hayan llevado árboles á mis terrenos, ó que se haya hecho allí un montón de heno ó de paja.

Es cierto que nuestra fórmula, que consiste en hacer abstracción completa de toda voluntad subjetiva y atenernos exclusivamente á la voluntad que se desprende objetivamente de las condiciones de hecho de la toma de posesión, nos conducirá á menudo á las mismas soluciones prácticas que la fórmula adoptada por M. Saleilles. Pero no por eso hay menos interés, á mi juicio, en rechazar la fórmula de M. Saleilles, pues manteniéndose en el terreno de la voluntad subjetiva, contribuye á obscurecer la evolución normal y regular del concepto de la posesión, sin contar con que suscita al mismo tiempo mil dificultades que sólo pueden evitarse por medio de sutiles interpretaciones.

Precisemos nuestras observaciones volviendo á la fórmula de M. Saleilles. Esta fórmula puede resumirse en estos términos; la adquisición de la posesión resulta del establecimiento de un poder de hecho (*thatsächliche Gewalt*); los conceptos corrientes nos permitirán discernir sin dificultad los casos en que existe este poder de hecho; sin duda los conceptos

corrientes reconocerán raramente la existencia de un poder de hecho fuera de toda voluntad; pero si se encuentran hipótesis en que los conceptos corrientes admiten la existencia de un poder de hecho sin voluntad, no hay que vacilar en estos casos en reconocer la existencia de una posesión sin voluntad de parte del poseedor.

Se nota inmediatamente en esta fórmula la influencia decisiva de la voluntad en la determinación del punto de saber si hay ó no poder de hecho según los conceptos corrientes. Ahora bien, la voluntad que siempre tiene en vista M. Saleilles, en el análisis del poder de hecho, es únicamente la voluntad personal y subjetiva del poseedor.

Es precisamente porque se atiene á la voluntad puramente subjetiva del poseedor, por lo que M. Saleilles puede hablar de la admisibilidad de un poder de hecho, aceptado por las ideas corrientes, fuera de toda voluntad en el poseedor. En efecto, considera el poder adquirido sin conocimiento del que va á ejercerlo, las mercaderías remitidas á mis almacenes sin mi noticia; ahora bien, en semejante caso, lo que falta es la voluntad puramente subjetiva del poseedor; pero objetivamente la situación de hecho que se ha establecido aparece claramente como una situación querida, y por consiguiente, si se coloca en el terreno de la voluntad puramente objetiva que se desprende de la situación de hecho, no puede decirse que haya aquí, según los conceptos corrientes, poder de hecho sin ninguna voluntad.

El defecto de la fórmula de M. Saleilles es más notable todavía, cuando este autor considera el caso en que, según él, los conceptos corrientes no aceptan la idea de un poder de hecho sino como la realización ó la encarnación de la voluntad del poseedor. Aquí también la voluntad que considera para determinar si los conceptos corrientes aceptan ó rechazan la idea de un poder de hecho, es siempre la voluntad puramente subjetiva. En esta investigación de la intención personal del poseedor, es imposible no caer en todas las extravagancias de las antiguas doctrinas tradicionales ó teorías posesorias subjetiva.

Y en prueba de ello, esta afirmación de M. Saleilles (pág. 30) que, para determinar si hay poder de hecho, "hay que llegar en ciertos casos hasta tomar en cuenta, fuera de toda situación jurídica objetiva, la voluntad real del poseedor: cuando un individuo se apodera de una cosa, para saber si ha adquirido el poder, hay que examinar con qué intención, con qué fin se apodera de ella". Y para precisar el alcance de esta afirmación, nos propone un ejemplo tomado á Stroal. "Sea, escribe, un leñador que, después de una cacería, encuentra una pieza de caza olvidada por uno de los cazadores; el leñador la recoje y la oculta en el bosque para impedir que otros se apoderen de ella. ¿Ha llegado á ser poseedor? Esto dependería de la intención que hubiera manifestado. Si ha querido apoderarse de esta pieza de caza para volver por ella más tarde y llevársela de su cuenta, no es más que un ladrón. Pero un ladrón es un poseedor; porque se considera dueño. Si, por el contrario, como debe presumirse, solo ha ocultado la pieza para permitir al cazador que la mató encontrarla y recuperarla, él no se considera dueño; únicamente ha querido conservar á otro la posesión que éste había adquirido. No se convierte en poseedor. Es

pues el elemento intencional lo que da todo su valor y significado al poder de hecho y al elemento corporal manifestado".

He reproduido textualmente el razonamiento de M. Saleilles, y pregunto á cualquier lector no prevenido si no creería tener ante su vista una página extractada del tratado de la posesión de Savigny ó de cualquier otro adepto de las antiguas teorías subjetivas. De un extremo al otro solo se trata de la voluntad puramente subjetiva y personal; más aún, el *animus domini*, que se lo podía creer definitivamente enterrado por el *Bügerliches Gesetzbuch*, se encuentra resucitado en toda su pureza. El ejemplo del leñador recuerda el ejemplo característico elegido por Jhering para combatir las antiguas doctrinas subjetivas y para demostrar que la posesión no puede dejarse entregada á la voluntad individual ó al puro capricho de una parte, pues esto equivaldría á crear la incertidumbre, y aún la anarquía en el derecho. "Encuentro una cosa, escribe (1) que creo poder considerar como abandonada; me acuesto en la noche con el *animus domini*. En la mañana siguiente, llego á saber que el propietario la ha perdido; y me resuelvo á devolvérsela; me acuesto con el *animus alieno nomine detinendi*. El día subsiguiente voy á su casa á devolvérsela; me dice que la había perdido, pero que no quiere recobrarla porque está sucia, y que puedo conservarla; tercera noche: *animus domini*. El cuarto día, el padre ó el tutor del que ha perdido la cosa, me hace saber que no aprueba esta donación; cuarta noche: *animus detinendi*. El día siguiente, un jurista me da el consejo de que espere hasta que se me demande judicialmente; quinta noche, *animus domini*."

La recaída de M. Saleilles en los errores de las teorías posesorias subjetivas son tanto más extrañas cuanto que este autor rechaza enérgicamente y en excelentes términos toda influencia de la voluntad ó *animus* en la distinción entre la posesión y la detentación (pág. 20 á 23).

Esta distinción, como se sabe, ha sido conservada por el derecho alemán, gracias á la disposición del artículo 855 del *Bürgerliches Gesetzbuch*, que niega la calidad de poseedor al que ejerce el poder de hecho sobre una cosa, en ciertas condiciones determinadas de una manera algo vaga. Estas condiciones exclusivas de posesión pueden resumirse en estos términos: 1º el que ejerce el poder de hecho debe hacerlo en favor de otro y someterse á las instrucciones de otro y 2º además la obligación de someterse á las instrucciones de otro debe resultar de una situación jurídica análoga á la de los empleados en la casa ó industria de otro.

Cuando el poder de hecho sobre una cosa se ejercita en estas condiciones, el único poseedor es aquel en cuyo favor se ejerce este poder, y el que ejercita este poder es un simple detentador.

M. Saleilles da al último la calificación de detentador dependiente ó subordinado, para distinguirlo del que llama detentador puro y simple. Pero no me parecen muy felices los términos de esta distinción, pues M. Saleilles emplea la expresión detentación pura y simple para designar la relación de hecho que se establece por ejemplo cuando el viento arrebata el sombrero de un transeunte y lo deja en mis terrenos (pág. 27). Ahora

(1) Jhering *Op. cit.* pág. 193.

bien, semejante relación exterior, que aparece objetivamente establecida sin mi voluntad, no es una relación posesoria, ni tampoco una detentación; mientras las cosas permanezcan en ese mismo estado, sólo hay una simple relación de yuxtaposición local; pero desde el momento en que el poseedor del terreno cambia de actitud respecto al sombrero ó paragua que se encontraban abandonados en sus terrenos, desde el momento en que coloca esos objetos en lugar seguro ó en que impide que los tome un tercero, se transforma el aspecto exterior de la relación de hecho: la situación de hecho aparece en adelante como una situación querida y desde entonces hay posesión.

No compliquemos, pues, inútilmente distinguiendo una detentación pura y simple de una detentación dependiente ó subordinada. La detentación llamada pura y simple no es una detentación, no es una relación posesoria, es una simple relación de yustaposición local. El derecho alemán no conoce más que una sola especie de detentación, la del artículo 855, que M. Saleilles califica de dependiente ó subordinada.

¿Cuál es, en el sistema del *Burgerliches Gesetzbuch*, el criterio de la distinción entre posesión y detentación?

M. Saleilles parece expresar fielmente el pensamiento de los redactores del Código alemán diciendo que el criterio de la distinción entre posesión y detentación debe buscarse en el grado de independencia ó de iniciativa personal que el concepto popular ó social atribuye al poder de hecho en cada caso particular. Será detentador, dice, aquel que, según los usos corrientes, no es más que un instrumento de posesión por otro, sin la menor iniciativa personal ni el menor interés que le sea propio. Cuando el poder de hecho se ha establecido á consecuencia de un contrato, no dependerá de la naturaleza jurídica de este contrato el punto de saber si hay posesión ó detentación; pues algunos contratos, como el depósito ó el mandato, por ejemplo, que generalmente confieren la calidad de poseedor, pueden conferir sólo la de detentador en circunstancias determinadas. No es tampoco una situación social personalmente dependiente lo que nos permitirá de una manera uniforme reconocer los casos de detentación. Pero en cada caso particular hay que considerar las circunstancias en que se ha establecido el poder de hecho y averiguar si, según la opinión corriente y usos admitidos, este poder es un poder efectivo suficientemente independiente para caer bajo la definición del poder de hecho ó *thatsächliche Gewalt* del artículo 854: si la *vox populi* responde sí, hay posesión; si responde nó, hay detentación.

Aplicando este procedimiento, M. Saleilles propone agregar al ejemplo de la gente de servicio y empleados de comercio é industria que nos proporciona directamente el artículo 855 del Código alemán, los siguientes ejemplos de detentación: 1º la detentación por los amigos y huéspedes que recibimos á nuestra mesa, de los objetos puestos á su disposición; 2º la detentación que tenemos de los vestidos y paquetes que los amigos de visita en nuestra casa dejan en nuestro vestíbulo ó antesala. Por el contrario, á juicio de M. Saleilles, el concepto popular verá un poder efectivo que implica un grado de independencia suficiente para que haya posesión, en los

casos siguientes: 1º el caso del paquete confiado á una compañía de ferrocarril (aun cuando este paquete viaje al mismo tiempo que su propietario); 2º el caso de un objeto confiado á un sirviente para llavarlo á otra ciudad; 3º el caso de los objetos y utensilios puestos á disposición de los viajeros que llegan á un hótel ó restaurant.

Estos ejemplos demuestran sin duda que, en la realidad, el juez podrá encontrarse á menudo muy embarazado para distinguir la detentación de la posesión, inspirándose en los conceptos corrientes y usos recibidos; porque hay siempre alguna imprecisión, algo flotante, en los conceptos populares, que dejarán al juez singularmente perplejo en muchos casos particulares. Por eso sería para él una gran ayuda poder determinar de una manera precisa la relación que existe á los ojos del legislador entre estas dos instituciones: la posesión y la detentación. En este punto también creo deber separarme de M. Saleilles.

Según M. Saleilles, el artículo 855, que determina la noción de la detentación, no restringe ó deroga la disposición del artículo 854, que da la definición general de la posesión; por el contrario, excluyendo toda posesión, en las condiciones fijadas por el artículo 855, el legislador alemán no hace más que aplicar el principio general del artículo 854, que define la posesión. En otros términos, habiendo definido la posesión el artículo 854, el poder de hecho sobre una cosa, el artículo 855 no hace más que aplicar esta definición, negando la posesión al que se encuentra, con respecto á una cosa, en una relación exterior que no es lo bastante independiente para constituir, en el concepto popular, un verdadero poder de hecho.

La mejor razón para no creer que el legislador alemán haya considerado de esta manera la relación que existe entre la institución de la posesión y la institución de la detentación, se deduce talvez de la presencia misma del artículo 855 en el *Burgerliches Gesetzbuch*. Pues si la exclusión de la posesión en las condiciones determinadas por este artículo, se deduce ya de la definición general del artículo 854, el artículo 855 es del todo inútil.

A mi juicio, la presencia misma del artículo 855 en el Código alemán demuestra que hay que considerar de diversa manera la relación que existe entre posesión y detentación. No se hallan éstas colocadas en la misma línea, como dos instituciones paralelas, procediendo ambas de la aplicación de un sólo y mismo principio general; sino que se encuentran entre sí en la relación de regla á excepción, siendo la posesión la regla y la detentación la excepción. En efecto, el artículo 854 proclama de una manera general que el poder de hecho (*thatsächliche Gewalt*) sobre una cosa constituye la posesión y el artículo 855 restringe esta afirmación general, declarando que el poder de hecho (*thatsächliche Gewalt*) no será una posesión, cuando sea ejercitado en ciertas condiciones determinadas. No es sin duda inútil llamar la atención al hecho de que, para designar la detentación, el artículo 855 emplea la misma expresión (*thatsächliche Gewalt*) que emplea el artículo 854 para definir la posesión. ¿Es posible entonces decir, con M. Saleilles, que el empleo de esta expresión (*thatsächliche Gewalt*), en su

significado corriente y popular, excluye por sí mismo de nuestro pensamiento todos los casos de detentación determinados por el artículo 855?

Lo que me lleva á insistir sobre la relación que existe entre la posesión y la detentación, es el interés práctico muy considerable de esta cuestión. Este interés se reduce, es cierto, á una cuestión de prueba; pero no nos hallamos en los tiempos en que era permitido entregarse á especulaciones puramente teóricas sin inquietarse por su realización práctica; á nuestros días, el teórico deja su obra inconclusa si prescinde sistemáticamente de la cuestión de prueba.

He aquí como se presenta esta cuestión de prueba en la materia de la posesión: si la posesión y la detentación son dos instituciones hermanas, colocadas en un pie de perfecta igualdad, cualquiera que se pretenda poseedor tendrá que probar no solamente su poder de hecho (*thatsächliche Gewalt*) sino también la existencia del grado de independencia requerido para que este poder caiga bajo la definición del artículo 854; por el contrario, si la detentación tiene un carácter excepcional, el que se pretende poseedor no tendrá que justificar más que el establecimiento del poder de hecho y corresponderá al que niega la existencia de la posesión establecer que, en la especie, el poder de hecho no es suficientemente independiente para constituir una posesión.

Como sostengo que, en el derecho alemán, el dominio de la detentación es un dominio de excepción, hay que dar, á mi juicio, esta última solución al problema de la prueba de la posesión. Volvemos así á la fórmula tan justa y tan práctica de Pablo (1): *probatio traditœ vel non traditœ possessionis non tan in iure quam in facto consistit, ideoque sufficit, si rem corporaliter teneam.*

No carecerá de interés una corta excursión al derecho romano, pues demostrará mejor por la evolución histórica de la posesión y de la detentación, que la detentación es una institución de excepción, cuyo dominio se va estrechando progresivamente y por consiguiente cuyo carácter excepcional se acentúa cada vez más.

En el derecho romano, Savigny colocaba la posesión y la detentación en la misma línea; eran para él dos instituciones jemelas que se diferenciaban únicamente por la dualidad del *animus*. Jhering combatió este criterio de la distinción entre posesión y detentación y demostró que ese criterio debía buscarse, no en el *animus*, sino en la *causa* de la relación posesoria. Pero no tardó en darse cuenta de que, si persistía en considerar la posesión y la detentación como dos instituciones colocadas en un pie de perfecta igualdad, su descubrimiento de la influencia decisiva de la *causa* sobre la naturaleza de la relación posesoria lo llevaba á un resultado muy poco satisfactorio. En efecto, si la existencia de la posesión depende de una *causa possessionis*, como la existencia de la detentación depende de una *causa detentionis*, el poseedor que pretenda la protección posesoria tendrá que establecer no sólo la toma de posesión sino también la existencia de una *causa possessionis*. Ahora bien, el que puede justificar una *justa*

(1) *Sent. rec.*, V., 11, 2.

causa possessionis dispone de una acción infinitamente más eficaz que las acciones posesorias, la acción publicana; de suerte que el sistema que refiere la posesión á la *causa* de la relación posesoria haría aparecer la protección posesoria como que no ofrecía interés más que para el poseedor *ex injusta causa;* debería ser admitido á probar una *causa possessionis* aún *injusta*, y aún en el único caso en que pensara intentar una acción posesoria, pues en el caso en que pudiera probar una *justa causa possessionis*, dispondría de la acción publicana. La institución de las acciones posesorias no habría tenido pues otro resultado práctico que asegurar una protección especial á los poseedores *ex injusta causa!* Esta consecuencia inadmisible del sistema que refiere la posesión á la causa desaparece cuando se da una cuenta exacta de la relación que existe entre la posesión y la detentación, cuando se observa que estas dos instituciones no se encuentran colocadas en la misma línea por los romanos, sino que la posesión es la regla, mientras que la detentación es la excepción. Entonces el que pretenda valerse de la protección posesoria no tendrá que probar su *causa possessionis*—lo que habría llevado á autorizar á un poseedor ilegítimo para probar *su injusta causa possessionis* (robo ó violencia, por ejemplo) para beneficiar de la protección posesoria,—sino que se acordará el beneficio de la posesión con abstracción de toda prueba de una *causa possessionis*, y asi no será esclusivamente el poseedor *ex injusta causa* el que aprovechará prácticamente de la protección posesoria (lo que sería absurdo), sino también la categoría mucho más numerosa y más interesante de los poseedores que no se encuentran en situación de demostrar la *causa* real de su posesión. ¿No es esta la verdad que Pablo proclama al decir: *sufficit ad probationem si rem corporaliter teneam*? (1)

El *Bürgerliches Gesetzbuch* ha roto con el sistema romano de la distinción entre posesión y detentación, ó bien no ha desarrollado más bien este sistema permaneciendo en el mismo terreno y acentuando más el carácter excepcional de la detentación? Que se juzgue.

En derecho romano, el criterio de la distinción entre posesión y detentación se encuentra en la *causa* de la relación posesoria, en el sentido de que toda relación posesoria constituye una posesión propiamente dicha, á ménos que no se establezca la existencia de una *causa detentionis*. Los romanos tenían por *causa detentionis* las relaciones jurídicas que implicaban una dependencia inconciliable con la autonomía del poseedor protegido por los interdictos. El legislador alemán deslindando en el artículo el dominio de la detentación, ha obedecido al mismo impulso que había guiado á los jurisconsultos romanos: para hacer inclinar la balanza del lado de la posesión ó de la detentación, toma en cuenta también el grado de independencia ó de iniciativa personal del que se encuentra colocado en una relación posesoria. Pero este procedimiento lo aplica el legislador alemán de un modo que reduce considerablemente el campo de aplicación de la detentación. Pues los romanos deducían la *causa detentionis* de la naturaleza misma de la relación jurídica

(1) Jhering, *Op. cit.*, p. 8, 14 y s., 133 y sgtes.

á consecuencia de la cual se establecía la relación posesoria; así, por ejemplo, la relación posesoria establecida á consecuencia de un depósito ó de un arrendamiento ó de un comodato era siempre una detentación, únicamente en razón de los caractéres jurídicos de estos diferentes contratos. En el derecho alemán no pasa lo mismo, y los contratos que por sí solos constituían *causa detentionis* en Roma han llegado á ser *causa possessionis*, así se ha ensanchado singularmente el campo de aplicación de la posesión. El dominio de la detentación se encuentra reducido en adelante únicamente á las relaciones posesorias en que las condiciones de hecho que han presidido á su establecimiento implican dependencia y subordinación hasta el punto de excluir, según los conceptos corrientes, toda idea de poder efectivo ó *thatsächliche Gewalt*. ¿No es éste, más todavía que en derecho romano, un dominio de excepción?

La reducción progresiva y rápida del dominio de la detentación es por otra parte un fenómeno que nadie piensa negar. La explicación de este fenómeno reside, á mi juicio, en la circunstancia de que el interés práctico de la distinción entre posesión y detentación se va desvaneciendo. Por eso es permitido profetizar, sin gran temeridad, la próxima desaparición completa de la detentación.

Desde el punto de vista de sus efectos respectivos, la diferencia entre la posesión y la detentación estaba claramente marcada en derecho romano; la posesión, protegida por sí misma, confería al poseedor una situación independiente y autónoma, que faltaba en absoluto al detentador; el poseedor gozaba del beneficio de una protección especial por el hecho sólo de poseer y abstracción hecha de cualquiera otra circunstancia, mientras que el detentador sólo disponía de los medios generales de protección contra los ataques á la personalidad, en razón de que la detentación es una afirmación de la personalidad del detentador (1). Pero ya en el período del Bajo Imperio, no está tan claramente marcada la diferencia entre el efecto de la posesión y el efecto de la detentación. Desde esta época se esboza una tendencia á extender al detentador el beneficio de la protección posesoria. Esto se comprueba especialmente en las constituciones imperiales, que confieren de una manera general al detentador *alieno nomine* calidad para entablar la *actio momentariæ possessionis* á nombre del poseedor (2). Este movimiento no ha cesado de acentuarse, creando á menudo una verdadera confusión entre la posesión y la detentación (3). En el derecho francés se llega al resultado bastardo de que, de dos acciones posesorias, la una (la *complainte*) está reservada únicamente al poseedor, y la otra (la *réintégrante*) se concede tanto al detentador como al poseedor.

Lo que hacía vacilar en extender el beneficio de la protección posesoria al detentador *alieno nomine*, era que esta

(1) Cornil, *Traité de la possession*, p. 47 51.

(2) *Ibid.*, p. 430-432.

(3) *Sur l'évolution de la protection possessoire après Justinien*, ver *Ibid* § 30, p. 466-498, y las referencias.

protección aseguraba al detentador una situación autónoma é independiente aún respecto á aquel en cuyo nombre detentaba. Pues bien, el Código prusiano de 5 de febrero de 1794 ha adoptado una fórmula que evita felizmente toda objeción séria á la extensión de la protección posesoria al detentador *alieno nomine*. Esta fórmula consistía en dar al detentador la protección posesoria contra los terceros, sin dársela contra aquel por quien detentaba. Este último podía siempre, por su propia autoridad, despojar al detentador, y así los intereses de aquel en cuyo nombre ejercía la posesión se encontraban plenamente resguardados, á pesar de concederse al detentador el beneficio de las acciones posesorias (1).

El Código alemán de 1896 no se ha apropiado desgraciadamente la distinción perfectamente sana realizada por el Código prusiano de 1794. En el sistema del Código alemán, cualquiera que ejerza el poder de hecho (*thatsächliche Gewalt*) tiene la posesión y por lo tanto las acciones posesorias (art. 854); pero si el poseedor ejerce el poder de hecho en nombre de otro, este último tiene igualmente la posesión (art. 868); se llama poseedor indirecto ó mediato, por oposición al que ejerce el poder efectivo y que se llama poseedor directo ó inmediato. Para paliar los inconvenientes de la extensión de las acciones posesorias á los que ejercen la posesión por otro, el *Bürgerliches Gesetzbuch*, en vez de adoptar la fórmula del Código prusiano, da la preferencia á otro correctivo que consiste en atribuir las acciones posesorias acumulativamente al poseedor directo ó inmediato y al poseedor indirecto ó mediato (art. 869). Así, este último se halla en situación de evitar las consecuencias de una negligencia del poseedor directo ó inmediato; puede siempre obrar por sí mismo, si no lo hace el que ejerce por él la posesión. Pero parece resultar de los términos mismos del artículo 869 que las acciones posesorias sólo se conceden subsidiariamente al poseedor mediato. El sistema del Código alemán sobre este punto aparece bajo el aspecto siguiente: desde el punto de vista de la defensa posesoria, es el poseedor directo ó inmediato el que se encuentra en primer término; sólo él dispone del derecho de defensa privada consagrado por el artículo 859, y, además, tiene el beneficio de la protección posesoria de los artículos 861 y 862, tanto contra el poseedor mediato como contra los terceros; en cuanto al poseedor mediato, está colocado en segundo término, pues no tiene el derecho de defensa privada del artículo 859, y sólo tiene las accciones posesorias de los artículos 861 y 862 en contra de los terceros, no contra el poseedor inmediato, y únicamente en los casos en que este último sea negligente.

Puede reprocharse á este sistema el ser demasiado contrario al sistema romano. Desde el punto de vista de la protección posesoria, en Roma, el *dominus possessionis* es todo, mientras que el detentador *alieno nomine* no es nada; en el *Bürgerliches Gesetzbuch*, el poseedor inmediato (ó detentador romano) es demasiado, mientras que el poseedor mediato (ó *dominus possessionis*) es demasiado poco. Este escollo podía evitarse inspirándose en la distinción hecha por el Código prusiano de 1794. Combinando el sistema del artículo 869 del Código

(1) Cf.: *Ibid.*, p. 82-83.

alemán con la fórmula prusiana, se hubiera obtenido el resultado siguiente: se habría acordado la protección posesoria tanto al poseedor mediato como al poseedor inmediato, pero con la reserva de que todo conflicto que surgiera entre los dos poseedores debería resolverse no por medio de una acción posesoria, sino por medio de la acción que procediera de la relación jurídica que existía entre estos dos poseedores.

Es extraño que el legislador alemán no haya pensado en aplicar á las relaciones entre el poseedor mediato y el poseedor inmediato la distinción formulada por el Código prusiano; pues, por lo menos implícitamente, esta distinción se encuentra aplicada por el artículo 860 del Código alemán, á las relaciones entre poseedor y detentador, y en cuanto se trata no de las acciones posesorias de los artículos 861 y 862, sino del derecho de defensa privada del artículo 859. La situación posesoria del simple detentador (el que M. Saleilles llama detentador dependiente ó subordinado) es la siguiente: se le niegan las acciones posesorias de los artículos 861 y 862, pero el artículo 860 le acuerda el derecho de defensa privada del artículo 859; solo que, como lo demuestra muy justamente M. Saleilles (p. 9-13), este derecho de defensa privada no se da al detentador más que para defender la posesión del patrón y no le corresponde por consiguiente contra el patrón mismo. De suerte que, en la medida en que se concede al simple detentador la defensa posesoria, puede decirse que este detentador está armado contra los terceros y desarmado contra aquel por quien ejerce la posesión.

Conservando esta distinción ¿habría habido el menor peligro en completar los medios de defensa posesoria del simple detentador y en reconocerle, á más del derecho de defensa privada del artículo 859, las acciones posesorias de los artículos 861 y 862? Lo creo tanto menos cuanto que, en la realidad, el detentador, que se encuentra en las condiciones de dependencia del artículo 855, no tendrá ocasión de intervenir personalmente sino en las circunstancias particularmente urgentes que implican siempre las medidas de defensa privada. Raras veces la situación de hecho del detentador, dependiente ó subordinado (para emplear los calificativos de M. Saleilles) le proporcionará la ocasión de intentar una acción posesoria; pero no es sin embargo imposible imaginar circunstancias en que podría ser util y oportuno que el detentador dispusiera de acciones posesorias que se piense, por ejemplo, en el chauffer) que maneja el automóvil de su patrón ausente). No hai entonces porqué obstinarse en negar las acciones posesorias al detentador, desde el momento en que sería bien entendido que, por una parte, el detentador no tendría nunca estas acciones contra su patrón, y que, por otra parte, el patrón dispondría de las mismas acciones posesorias.

Reconozcamos más bien que, en las condiciones actuales y con los diferentes correctivos sugeridos por la experiencia, no hay verdaderamente lugar á conservar la noción de una detentación pura desprovista de la protección posesoria y que más valdría excluir esta noción, aun del dominio tan restringido en que la confiere el artículo 855 del *Burgerliches Gesetzbuch.*

Este término fatal, á mi juicio, de la evolución histórica, se muestra desde ahora en el proyecto de Código civil sui-

zo, que adopta de una manera general la teoría posesoria del Código alemán, pero que parece sacrificar el último residuo de detentación omitiendo toda disposición análoga á la del artículo 855 del *Burgerliches Gesetzbuch.*

Constatemos, para terminar esta larga nota, que, si M. Salcilles se erige en defensor de la noción de la detentación, tal como la comprende el artículo 855 del Código alemán, no vacila por otra parte en confesar (p. 27-28) que no se hace ilusiones sobre la suerte reservada al concepto de la detentación pura.

DERECHO

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE LEY

RELATIVO AL CONTRATO DE TRABAJO

PRESENTADO AL CONGRESO DE LA FEDERACIÓN DE LOS INDUSTRIALES Y DE LOS COMERCIANTES FRANCESES, POR M CAMILLE PERRAU, ANTIGUO DIPUTADO, PROFESOR EN LA FACULTAD DE DERECHO DE PARIS (1)

El objeto del presente informe es analizar brevemente, en vista de una discusión próxima, las principales disposiciones del proyecto de ley relativo á las relaciones contractuales de los patrones y de los empleados.

Más de una vez se ha hecho notar, sobre todo en los últimos treinta años, la insuficiencia de nuestra legislación en materia de contrato de trabajo. El Código Civil, en el capítulo del arrendamiento de obra y de industria, sólo contiene dos disposiciones que se refieren á este contrato; y todavía fué necesario derogar en 1868 una de estas disposiciones, el artículo 1781, porque consagraba, en materia de prueba, una desigualdad chocante é injusta entre las dos partes.

Recientemente, cuando se elaboraba por la Comisión de codificación de las leyes obreras un Código del trabajo y de la previsión social, mi excelente colega y amigo, M. Raoul Jay, hacía notar, en su informe sobre el libro I consagrado á las "Convenciones relativas al trabajo", las numerosas lagunas de nuestro derecho industrial. Ninguna ley se ha votado sobre "la forma de pago de los salarios"; ni sobre los reglamentos de taller, ni para las convenciones colectivas, ni para la participación en los beneficios. A cada página del nuevo Código se deja constancia de esta falta de disposiciones.

¿A qué atribuir este laconismo del legislador en materia de contrato de trabajo, laconismo tanto más sorprendente cuanto que se encuentra en nuestras leyes, y particularmente en nuestro Código Civil, tantas disposiciones relativas á contratos de mucha menor importancia?

(1) De la *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, de Mayo de 1907.

Se han propuesto un cierto número de explicaciones de este hecho. El legislador de 1804, se ha dicho, podía temer que renaciera, á consecuencia de una reglamentación del contrato del trabajo, todo el régimen económico de las corporaciones que acababa de abolir la Constituyente. No hay que olvidar, por otra parte, que existía, en la época del Consulado, toda una legislación de policía industrial, toda una legislación reglamentaria. Esta legislación, contenida en la ley de 22 germinal año XI y en el decreto de 9 frimario año XII, bastaba, en un gran número de puntos, para precisar las relaciones contractuales de las dos partes; y es su abrogación, en 1890, lo que ha hecho aparecer de una manera más notable las lagunas de nuestra legislación civil en materia de contrato de trabajo.

Pueden proponerse todavía otras explicaciones; especialmente la falta de concentración industrial y el escaso desarrollo de la gran industria en la época de la redacción del Código Civil, ó la supervivencia, á título de usos industriales y comerciales, de un cierto número de reglas dictadas en otro tiempo por los estatutos y reglamentos de las corporaciones.

Todo esto permite comprender que, hasta el comienzo del siglo XX, haya podido el legislador, sin estar animado de ningún espíritu de hostilidad, ni aún de indiferencia, para con la clase obrera, desconocer la necesidad de disposiciones especialmente aplicables á las relaciones contractuales de patrones y empleados.

Pero la cuestión se presenta hoy, y parece llegada la hora de legislar sobre esta materia. Se vulgarizan nuevas formas de contratar -me refiero al contrato colectivo—cuya existencia legal y cuya validez hay que consagrar, y cuyos efectos y sanciones es preciso también determinar. El poder del patrón en la fábrica tiende á transformarse y á revestir una especie de carácter constitucional. La frecuencia de los conflictos entre el capital y el trabajo, el desarrollo alcanzado por las asociaciones profesionales, y otras causas todavía tienen por resultado hacer más y más complejas las relaciones que nacen del contrato del trabajo. De tal suerte que parece que hoy no es ya posible contentarse, para reglar estas relaciones, como ha sucedido anteriormente, con una jurisprudencia flotante, incierta, siempre vacilante entre el respeto de las soluciones tradicionales y el presentimiento de las soluciones nuevas, que hacen necesarias las mismas transformaciones de la industria.

El contrato de trabajo ha sido objeto ya, en un cierto número de países, de disposiciones legislativas numerosas é importantes. En Bélgica se le ha consagrado una ley especial, que data de 1900. El nuevo Código Civil alemán lo reglamenta en unos veinte artículos. En Suiza, el proyecto del Código Civil, actualmente sometido á las deliberaciones de la asamblea federal, contiene todo un título consagrado al arrendamiento de servicios.

En Francia se ha presentado un proyecto de ley sobre el contrato de trabajo en el mes de Julio de 1906, y ha sido sometido por la Cámara de Diputados al examen de su Comisión del trabajo. Las disposiciones de este proyecto son relativas al contrato individual de trabajo, al reglamento de taller, y á las convenciones colectivas. Consideraré su-

cesivamente estos diversos órdenes de disposiciones.

I

Y ante todo ¿qué debe entenderse exactamente por contrato de trabajo? Cuestión primordial, pues de su solución depende el alcance de aplicación de los nuevos textos.

A esta cuestión responde así el proyecto (1): hay contrato de trabajo siempre que se encuentra, por una parte, una prestación de trabajo; y por otra parte, la obligación de pagar un salario. Poco importa la naturaleza del trabajo, físico, intelectual, industrial, comercial, agrícola, y aún cuando entre en el cuadro de los trabajos que forman el objeto de las profesiones llamadas liberales. Si hay convención que se dirige á obtener, por una parte la prestación de un trabajo, y por otra parte el pago de un salario, hay contrato de trabajo.

No hay que preocuparse tampoco de las condiciones de pago del salario ni de las condiciones de ejecución del trabajo en cuanto al lugar. Habrá contrato de trabajo tanto si el salario se paga según los resultados del trabajo, por tarea ó por piezas, como si se paga según la duración del trabajo, por día ó por hora; tanto si el trabajo se ejecuta en el domicilio del obrero, como si se ejecuta en la fábrica, en el taller del patrón. En todos estos casos, cualquiera que sea la naturaleza del trabajo, cualquiera que sea su modo de ejecución, ó la forma de pago del salario, habrá contrato de trabajo, porque, en todos los casos, las obligaciones que nacen á cargo de las dos partes tendrán el mismo objeto: una prestación de trabajo por un lado; el pago de un salario por el otro.

Es particularmente interesante hacer notar este concepto muy amplio del contrato de trabajo, porque rompe de una manera completa con la terminología del Código Civil, con la distinción tradicional, que se remonta al derecho romano, del arrendamiento de servicios y del arrendamiento de obra. En la definición del contrato de trabajo, tal como la formula el artículo 1º del proyecto, entrará no sólo el arrendamiento de servicios, sino, en la mayor parte de los casos, el arrendamiento de obra. Y creo que, á pesar de su audacia, debe aprobarse esta innovación, porque tiene sobre la terminología antigua la ventaja de someter á reglas jurídicas, idénticas situaciones económicas que son sensiblemente las mismas, por ejemplo, las de dos obreros que, en el mismo establecimiento industrial trabajan, el uno por jornales y el otro por piezas. Entre estas dos categorías de empleados, como, por otra parte, entre el obrero que trabaja en la fábrica y el que trabaja á domicilio, existe una analogía esencial; y es que el uno y el otro reciben salario, que el uno y el otro cuentan para vivir con una remuneración que no depende de beneficios comerciales, sino de la convención celebrada con el patrón. Y esta analogía basta pa-

(1) ARTÍCULO PRIMERO. «El contrato de trabajo es el contrato por el que una persona se compromete á trabajar para otro que se obliga á pagarle un salario calculado, ó en razón de la duración del trabajo, ó en proporción de la calidad ó de la cantidad de la obra ejecutada, ó sobre cualquiera otra base convenida entre el empleado y el que lo emplea.

«No se encuentran sometidos á las disposiciones del presente título los contratos celebrados por las personas que ofrecen su trabajo no á una ó muchas personas determinadas, sino al público».

ra que el contrato que los une al patrón sea, en todos los casos, un contrato de la misma naturaleza, un contrato de trabajo.

Esto no quiere decir, por lo demás, que, para determinar el modo de ejecución de las obligaciones que nacen del contrato y la extensión de las responsabilidades que de él se desprenden, no haya que tomar en cuenta situaciones especiales y distinguir, por ejemplo, entre el caso en que el salario se paga por día y el caso en que se paga por tarea; pero la existencia de ciertas reglas exclusivamente aplicables á tal ó cual variedad de convención, á tal ó cual hipótesis particular, no impide á todas estas convenciones entrar en la categoría general del contrato de trabajo y á todas estas hipótesis caer bajo la aplicación del texto que hemos analizado. Lo mismo que las reglas del Código Civil especiales para los arrendamientos de casas, ó para los arrendamientos de predios rústicos, no impiden que ambos arrendamientos entren en la categoría más amplia del arrendamiento de cosas.

Después de haber determinado la naturaleza y el objeto preciso del contrato de trabajo, importa distinguir este contrato de otro con que se le confunde á veces y que los jurisconsultos designan con diferentes nombres: empresa, arrendamientos de industria, contrato de obra. El proyecto encuentra el criterium de la distinción que hay que establecer en la circunstancia de que la oferta de trabajo puede ser hecha, ó á una ó más personas determinadas, ó al público. En el primer caso, hay contrato de trabajo sometido á las disposiciones de la nueva ley. En la segunda hipótesis, cuando la oferta de trabajo se dirige al público, la convención podrá ser un contrato de empresa ó un contrato de cualquiera otra naturaleza: pero no será un contrato de trabajo. En otros términos, para que haya contrato de trabajo, se requiere que exista entre las partes, sino una relación de dependencia y de autoridad, por lo menos una cierta continuidad de relaciones, de donde resulte que uno de los contratantes esté al servicio del otro.

En la mayor parte de los casos será fácil, con este criterium, distinguir el contrato de trabajo del contrato de empresa; aún en la hipótesis del obrero á domicilio, bastará averiguar si el trabajo suministrado es un trabajo accidental, cuya ejecución no supone anteriormente y no deja subsistir para el porvenir ninguna relación contractual entre las partes, ó si, por el contrario, este trabajo forma parte de un conjunto, si debe seguir, si implica relaciones continuas, frecuentes, entre el obrero y tal persona determinada, que desempeñe respecto á él la función del que lo emplea. Sin duda podrán presentarse ciertas hipótesis en que la naturaleza del contrato parecerá más dudosa; si se trata, por ejemplo, de una persona que produce de ordinario para un fabricante, para un gran almacén, pero sin prohibirse el vender á la clientela, al público, cuando se le presenta la ocasión. En semejante caso, podrá distinguirse dos contratos, un contrato de trabajo en las relaciones del obrero con el que lo emplea habitualmente, y un contrato de empresa en sus relaciones con el público. Pero si se deja aparte un pequeño número de situaciones complejas, en que podrá encontrar todavía cómo ejercitarse la sagacidad de los jueces, parece que el criterium propuesto permite distinguir fácilmente el

contrato de trabajo de los otros contratos con que podría sentirse llevado á confundirlo.

Con la formación del contrato de trabajo se relacionan las cuestiones de prueba y de validez.

En lo relativo á la prueba, encontramos en el proyecto una disposición que admite la prueba de testigos, en materia de contrato de trabajo, sin límite de cantidad. Es una derogación al derecho común de los contratos, que no admite la prueba testimonial, no habiendo un principio de prueba por escrito, sino hasta concurrencia del valor de 150 francos. Pero esta derogación se justifica si se piensa que casi nunca se extiende un escrito para constatar las condiciones del contrato de trabajo. Si en ciertas hipótesis, por ejemplo, cuando se trata de un contrato teatral, ó de la convención celebrada entre una gran sociedad y su director, la admisión sin restricciones de la prueba de testigos parecería presentar ciertos inconvenientes, á causa de la elevada cifra de los salarios, honorarios ó remuneración convenidos, bastaría observar que ya en la actualidad, en estas mismas hipótesis, la prueba testimonial es admisible la mayor parte de las veces, en razón de la existencia de un principio de prueba por escrito que resulta ó de la correspondencia cambiada ó de las menciones que figuran en los libros de la sociedad. Esta observación permite, parece, rechazar la única objeción grave que puede hacerse á la admisión de la prueba de testigos en materia de contrato de trabajo.

Respecto á la validez del contrato, el proyecto contiene una disposición particularmente interesante, y cuya interpretación ofrece grandes dificultades. Es una disposición tomada al derecho alemán. Reconoce á los tribunales el derecho de anular el contrato de trabajo cuando resulta de sus cláusulas que una de las partes ha abusado de la necesidad, de la ligereza ó de la inexperiencia de la otra para imponerle condiciones perjudiciales, por ejemplo, una duración excesiva del trabajo, ó un salario muy reducido.

¿Cuál será en esta hipótesis la naturaleza de la nulidad? Nulidad relativa por vicio del consentimiento, por extensión al contrato de trabajo de las reglas consagradas por el Código Civil para otros contratos viciados por lesión? O nulidad absoluta, como en derecho alemán, resultante de que la lesión abusiva imprimiría al contrato un carácter de inmoralidad? Me limito á presentar la cuestión, que no parece haber preocupado á los redactores del proyecto; cualquiera que sea, por otra parte, el carácter absoluto ó relativo de la nulidad, no hay duda de que la parte víctima de la lesión abusiva puede cobrar á la otra parte daños y perjuicios.

No parece que puedan promoverse contradicciones muy vivas sobre el principio. Podría pensarse sin duda en hacer entrar este principio en el derecho común de los contratos, y extender su aplicación á las covenciones más diversas; pero si hay un contrato para el cual se comprenda que el legislador consagre una semejante disposición protectora, es el contrato de trabajo, en razón de la diferencia de situación económica que existe á veces entre las partes. Por lo demás, podrá invocarse el texto, no sólo por el obrero que sea víctima de los abusos del *sweagting system*, sino que el patrón mismo, en los casos en que los emplea-

dos, sabiendo que está ligado por contratos á corto plazo con terceros, hayan abusado de su situación para imponerle condiciones excepcionalmente onerosas de salario ó de duración de trabajo.

Parece, pues, que puede justificarse fácilmente el nuevo principio; pero su aplicación ofrece dificultades considerables. La más grave resulta de una especie de contradicción que puede notarse entre las diversas partes del texto.

Para que el contrato viciado de lesión se considere como ilícito, es preciso no sólo que haya abuso, es decir que las condiciones reputadas perjudiciales no puedan justificarse por el estado de la industria ó por la mediocridad del obrero, sino además que el abuso se revele por un desacuerdo flagrante entre las condiciones atacadas y las condiciones habituales de otros contratos de la misma naturaleza en la profesión y en la región. Si no se constata este desacuerdo, no se reputa abusiva la lesión. Es de presumir en efecto que la cláusula perjudicial, usada de una manera corriente en la profesión y la región, encuentra su razón de ser en ciertas circunstancias industriales ó locales, tales como la gran concurrencia y la situación precaria de tal ó cual categoría de establecimientos.

La arbitrariedad del juez se encuentra así limitada de una manera bastante estricta, puesto que sólo tendrá que verificar la conformidad ó disconformidad de las cláusulas sospechosas con las cláusulas que ordinariamente se contienen en los contratos.

Desgraciadamente el carácter prudente y ponderado de esta solución se encuentra inmediatamente comprometido por otra disposición contenida al final del texto é inspirada directamente en el derecho alemán. Según los términos de esta disposición, el abuso podrá resultar no sólo de la disconformidad del contrato con los contratos habituales de la profesión y la región, sino del desacuerdo existente entre las condiciones convenidas y el valor y la importancia de los servicios á que se ha obligado. El juez tendrá el derecho y el deber de apreciar en cada especie que se le someta si hay equilibrio suficiente entre los valores de las prestaciones cambiadas. Habrá que averiguar en cada caso, si el salario prometido es adecuado al servicio que se presta.

Independientemente de las dificultades que presentará sin duda, desde el punto de vista de la prueba, el ejercicio por el juez de semejante facultad de apreciación, la solución propuesta provoca una objeción muy grave. Se llega á la consecuencia de que podrá anularse el contrato de trabajo por causa de desigualdad de los valores cambiados, aún cuando las cláusulas de este contrato fueran conformes con las cláusulas habituales de los contratos de la misma naturaleza celebrados en la profesión y en la región. Se hace así del juez—erróneamente á mi juicio—una especie de reformador social encargado menos de interpretar la ley y la convención de las partes que de corregir los abusos que puedan resultar de la organización industrial. Se le confiere el poder de arrojar la perturbación por una solución de especie quizás intempestiva ó imprudente, en toda una rama de la producción nacional. Es permitido pensar que el deseo, de seguro mui laudable, de reglar equitativamente las relaciones que nacen del contrato de trabajo no podría ser una justificación suficiente de una disposición cuya aplica-

ción puede acarrear tales consecuencias, y que hubiera estado mejor inspirado el proyecto, limitando de una manera bastanta estricta el poder de apreciación reconocido al juez en caso de lesión abusiva.

II

En lo concerniente á los efectos del contrato de trabajo, las disposiciones del proyecto se refieren á las obligaciones de las partes, á la remuneración del trabajo, á sus condiciones. Contiene una reglamentación relativa á las retenciones hechas sobre el salario á título de caución ó de garantía, á la verificación de los resultados del trabajo cuando el salario se fija por piezas, á la capacidad requerida para poder percibirlo personalmente, si se trata de un menor. Una disposición especial impone al patrón la obligación de asegurar á sus expensas los primeros cuidados médicos en caso de herida ó de enfermedad del empleado.

El proyecto parece incompleto en diversos puntos. Su laconismo se explica sin duda porque se remite á las disposiciones de las leyes existentes, como la ley de 12 de enero de 1895 sobre inembargabilidad del salario, y por el hecho de encontrarse sometidas desde hace tiempo al Parlamento diversas proposiciones relativas especialmente á la cuestión de los economatos y á la cuestión de las multas. Parece, sin embargo, que el objeto de estas proposiciones entraría naturalmente en el cuadro de un proyecto de ley relativo al contrato de trabajo, y que el estudio de este proyecto sería una ocasion favorable para volver á discutir disposiciones ya votadas, pero cuyas lagunas é imperfecciones ha podido ya revelar la experiencia.

Para terminar con los efectos del contrato de trabajo, señalaré una interesante disposición relativa á la participación en los beneficios. Ella tiende á asegurar el control del empleado sobre el cálculo de la parte de beneficios á que tiene derecho, obligando al patrón á poner á su disposición, ó á la disposición de su representante, los datos que permitan este control. Esta disposición nueva no hará sin duda más frecuente la participación en los beneficios, cuyo desarrollo encuentra ya tantos obstáculos. Por lo menos tiene la ventaja de darle un carácter verdaderamente contractual, que no presentará sin ella la participación.

III

Llego al estudio de las disposiciones relativas á la ruptura del contrato de trabajo. Esta materia promueve un cierto número de cuestiones importantes: por de pronto, la del plazo de desahucio.

Actualmente cada una de las partes puede, en virtud del artículo 1780 del Código Civil, romper el contrato por un acto unilateral de voluntad, sin otra obligación, en principio al menos, que la de observar un cierto plazo fijado por los usos, y que se llama plazo de desahucio. En las profesiones en que los usos establecidos no imponen ningún plazo de deshaucio, el patrón tiene aún la facultad de despedir inmediatamente al empleado, como éste tiene la facultad de abandonar inmediatamente el trabajo, dejando en dificultades á la otra parte.

El proyecto sienta al principio de la obligación del plazo de desahucio. El

contrato de trabajo no podrá nunca—salvo en un período muy corto de ensayo— romperse por la voluntad unilateral de una de las partes sin que la otra haya sido prevenida con una semana de anticipación, si se trata de un criado doméstico ó de un obrero, y un mes si se trata de un empleado, ó de un obrero que se asemeje á un empleado.

La obligación del plazo de desahucio está sancionada con la responsabilidad pecuniaria del que rompa el contrato. En caso de inobservancia de este plazo por una de las partes, ésta puede ser condenada á pagar á la otra daños y perjuicios, determinados por la misma ley, sin que sea necesario probar ningún perjuicio, y que consisten en el monto de los salarios que habrían debido pagarse durante el plazo del desahucio. Estas diversas soluciones parecen razonables, y como que no han de promover muy grandes dificultades.

Otra disposición muy importante es relativa al caso de ruptura abusiva del contrato de trabajo. Aludo á la célebre controversia jurídica que promueve la interpretación del artículo 1780 del Código Civil, completado por la ley de 27 de Diciembre de 1890. Resulta de este texto que la ruptura del contrato de trabajo por la voluntad unilateral de una de las partes, del patrón, por ejemplo, aún cuando sea conforme á los usos y aún cuando se haya observado el plazo de desahucio, puede exponer á su autor á indemnizar daños y perjuicios, si resulta de las circunstancias que presenta un carácter abusivo. Así sucedería, por ejemplo, en el caso en que el obrero fuera despedido en una época en que le fuera imposible encontrar trabajo, ó si para contratarlo el patrón que lo despide sin motivos plausibles le hubiera hecho abandonar un anterior empleo. Pueden preverse muchas otras hipótesis en que la jurisprudencia ha tenido ya ocasión de apreciar nuestro artículo.

No hay duda sobre el principio del derecho á indemnización en caso de ruptura abusiva, pero las dificultades aparecen á propósito de la prueba. ¿A quién corresponde probar el carácter abusivo de la ruptura que pueda justificar la indemnización de daños y perjuicios? ¿Corresponde la carga de la prueba al empleado que alega el abuso en apoyo de su demanda de indemnización? ¿O bien corresponde al patrón demandado establecer, para sustraerse á toda responsabilidad, que tenía justos motivos para despedir al empleado?

Se comprende todo el interés práctico de la controversia. La jurisprudencia la resuelve más comunmente como lo hacía ya antes de la ley de 1890, en conformidad á los principios generales del derecho, es decir, que la carga de la prueba corresponde al empleado demandante. Puede resultar de esta jurisprudencia, á pesar de su mérito jurídico, una situación á veces muy difícil y aún injusta para el empleado, en el caso, bastante raro, por lo demás, en la práctica, en que la otra parte, manteniéndose en situación de expectativa que le permite su calidad de demandado, no creyera deber dar ninguna esplicación sobre los motivos de la despedida, y se limitara á invocar la facultad de resolución unilateral que le reconoce el mismo artículo 1780.

El proyecto consagra una solución más equitativa confiriendo al juez la facultad de averiguar los motivos de la ruptura, é imponiendo al demandado,

como al demandante mismo, la obligación de explicarse sobre este punto. Es esto seguramente una derogación á los principios actualmente admitidos en materia de prueba, y cuya aplicación exigiría talvez, desde el punto de vista del procedimiento, ciertos desarrollos que no se encuentran en el texto. Pero considerada con relación al fin que se persigue, esta solución no parece por eso menos racional y se justifica fácilmente.

Entro ahora á tratar de otra cuestión, más difícil quizás y más importante todavía, en razón de las repercusiones que puede acarrear su solución: me refiero á la naturaleza jurídica de la huelga.

¿Puede relacionarse la huelga con la ruptura del contrato de trabajo? Según una primera opinión, que puede invocar la autoridad de sentencias muy recientes, la huelga constituiría la ruptura colectiva, por el hecho de los huelguistas, de los contratos individuales de trabajo, celebrados por ellos. Lo mismo importaría la huelga de los patrones ó *lock-out*, la clausura de la fábrica por el patrón ó por una coalición de patrones. En uno y otro caso, la cesación brusca y simultánea del trabajo, implicaría, de parte de aquél de los contratantes que hubiera tomado la iniciativa, sino la intención, por lo menos el hecho de romper los contratos individuales anteriormente celebrados.

Hay que reconocer que esta interpretación de la huelga, desde el punto de vista jurídico, viene naturalmente al espíritu. Sin embargo, ha suscitado graves contradicciones. Se ha observado que no podría haber ruptura del contrato de trabajo, sin una intención de romperlo claramente manifestada por uno de los contratantes. Asimilar la huelga á la ruptura del contrato de trabajo, es, en realidad, aplicarle el derecho de resolución unilateral consagrado por el artículo 1780 del Código Civil. Es muy dudoso que el hecho de los huelguistas de cesar colectivamente el trabajo, ó de la coalición de los patrones de cerrar simultáneamente las fábricas, pueda considerarse, en la mayor parte de los casos, que implique de su parte la intención de romper los contratos individuales de trabajo celebrados antes de la huelga ó del *lock-out*. Los huelguistas no han renunciado á trabajar en la fábrica. Si se declaran en huelga, es en la esperanza de apresurar el éxito de sus reclamaciones y de reanudar en masa el trabajo. Del mismo modo, los patrones que, para evitar el peligro de una huelga escalonada, se han decidido á proclamar el *lock-out*, no han renunciado por eso á volver á tomar su personal, una vez terminado el conflicto.

No podría siquiera decirse que en este momento no se aplicará el contrato de trabajo primitivo, sino un nuevo contrato, transformado por un cambio de sus condiciones, porque puede muy bien suceder que la huelga tenga un motivo que no afecte en nada al contrato de trabajo, por ejemplo, el deseo de obtener la despedida de un jefe ó que se vuelva á admitir á un obrero despedido. En semejante caso, continuará aplicándose, después como antes, el mismo contrato de trabajo, y no habrá podido, en ningún momento, interpretarse la huelga en el sentido de una ruptura voluntaria, intencional de este contrato.

Esta argumentación tiene de seguro valor. Si se considera la intención de las partes como el elemento esencial, determinante de la ruptura, parece, en efecto,

que hay casos en que la huelga no puede considerarse como que equivalga á una ruptura voluntaria del contrato, por el hecho de los huelguistas. Aludo al caso en que los huelguistas hayan tomado medidas precautorias, si, por ejemplo, nombran delegados entre ellos para asegurar el mantenimiento de los hornos ó el servicio de las bombas en las galerías subterráneas. Este mismo hecho indica la intención de reanudar el trabajo, una vez que haya triunfado la huelga, y excluye el pensamiento de una ruptura intencional de los contratos individuales de trabajo.

A la inversa, la voluntad de romper aparecerá claramente en ciertas hipótesis, cuando, por ejemplo, los huelguistas hayan hecho gestiones para encontrar trabajo en otra parte, ó cuando el patrón, después de haber cerrado la fábrica, haya hecho llamados á un nuevo personal.

Podrá ocurrir todavía, y será lo más frecuente, que la huelga no tenga el mismo carácter para todos los que toman parte en ella. Equivaldría á una ruptura del contrato para ciertos cabecillas que hayan abandonado al patrón sin intención de volver, pero no implicará intención de romper para la masa de los huelguistas que se han asociado á la huelga por espíritu de solidaridad, y á veces aún bajo el imperio de una presión moral provocada por hechos de intimidación.

No es imposible, por último, que la huelga cambie de carácter, para la misma persona, en el curso de su duración. Tal huelguista, que al comienzo de la huelga, tendrá la intención de volver al trabajo, por poco que la huelga se prolongue se decidirá talvez á buscar ocupación en otra parte. Con sus intenciones primitivas, habrá cambiado para él el caracter jurídico de la huelga.

Si esto ocurre, ¿no parece contrario á la verdad jurídica interpretar la huelga, desde el punto de vista doctrinal, como que constituye en todo los casos ó una ruptura de contrato de trabajo, ó una simple suspensión de la ejecución de este contrato? ¿Y no sería preferible reconocer que la cuestión de la naturaleza jurídica de la huelga no tiene una solución absoluta?

Si esta cuestión no ofreciera más que un interés de un orden puramente intelectual, podría parecer superfluo, con razón, el largo desarrollo que le he dado; pero afecta á intereses de orden esencialmente práctico, y que debían atraer sobre ella la atención del legislador.

Se trata, en efecto, de saber: por una parte si, en caso de huelga declarada por los empleados, el patrón puede exijir la observación del plazo de desahucio, y, en caso de inobservancia, cobrar daños y perjuicios; por otra parte, si puede, sin observar él mismo el plazo de desahucio, remplazar inmediatamente á los huelguistas.

La solución será diversa según que se considere la huelga como que constituya ó nó una ruptura de los contratos individuales de trabajo celebrados por los huelguistas.

Si la huelga equivale á una ruptura, implica por lo mismo la obligación de observar el plazo de desahucio, so pena de daños y perjuicios; y, por otra parte —lo que es particularmente importante para el patrón—permite á este remplazar inmediatamente á los huelguistas y asegurarse el trabajo que bruscamente le falta.

No serían admisibles, por el contrario,

estas soluciones, si la huelga no implica ruptura del contrato de trabajo; á menos, sin embargo,—y me limito á presentar la cuestión sin discutirla—que se considere la cesación colectiva y brusca del trabajo, no precedida de un plazo de desahucio, como que constituye en favor del patrón una causa legítima de ruptura de que pueda prevalerse, y que lo dispense á él mismo de observar el plazo de desahucio. Es este, por lo demás un punto que parece que ha de promover controversia.

Sea lo que sea, el proyecto toma claramente un partido sobre el carácter jurídico de la huelga. El artículo 56 (1) decide que, salvo manifestación contraria de la intención de una de las partes, la huelga se considerará, no como ruptura, sino como simple suspensión del contrato de trabajo. De donde resulta, aunque no lo indique formalmente el texto del proyecto: por una parte, que en caso de huelga, el patrón no podrá cobrar daños y perjuicios á los huelguistas por inobservancia del plazo de desahucio; por otra parte que no podrá remplazarlos inmediatamente, puesto que se reputa que se mantiene el contrato de trabajo.

Por motivos de interés general, sobre los cuales no hay necesidad de insistir, y que, por lo demás, me parecen determinantes, el texto admite, sin embargo, la solución contraria en caso de huelga que ocurra en un servicio público ó en una empresa del Estado cuyo funcionamiento no podría interrumpirse sin comprometer los intereses de la defensa nacional. En semejante caso, la huelga equivale á una ruptura, por el hecho de los huelguistas, de los contratos individuales de trabajo celebrados por ellos.

Fuera de esta hipótesis, el patrón queda desarmado frente á los huelguistas, á los cuales no sólo no podrá cobrar daños y perjuicios por brusca ruptura, sino que tampoco tendrá el derecho de remplazarlos para asegurar el funcionamiento de su establecimiento y la ejecución de sus contratos. Es esta una solución que parece poco equitativa y poco conforme al interés general.

El artículo 56, en su segundo inciso consagra, es cierto, un correctivo, al decidir que la huelga cambiará de carácter en caso de negativa de una de las partes para recurrir al procedimiento de conciliación ó al arbitraje. Esta circunstancia tendrá por resultado transformar la huelga en ruptura del contrato de trabajo de parte del que no acepte los procedimientos de conciliación. La intención de los autores del proyecto es seguramente muy laudable; tiende á favorecer la solución amigable de los conflictos industriales. Pero no se ve bien cómo lógicamente, la negativa de los huelguistas para recurrir á los buenos oficios del juez de paz ó de un árbitro, pudiera tener por consecuencia cambiar el carácter jurídico de la huelga. Esta negativa no implica en manera alguna, en efecto, que se hayan modificado las intenciones primitivas de los huel-

(1) «ART. 56. La huelga, es, salvo manifestación contraria de la voluntad de una ú otra parte, una suspensión del contrato de trabajo.

«La negativa de una de las partes para recurrir al procedimiento de conciliación ó al arbitraje en las formas instituidas por las leyes especiales, será considerada como una ruptura del contrato, respecto á esa parte.

«En los servicios públicos y en los establecimientos industriales del Estado cuyo funcionamiento no podría interrumpirse sin comprometer los intereses de defensa nacional, la huelga, ó cesación concertada del trabajo, es *ipso facto* una ruptura del contrato de trabajo.»

guistas, y que hayan renunciado á volver á la fábrica cuando termine la huelga; significa simplemente que desean que la huelga siga su curso, y que termine por sí sola por la falta de resistencia de uno de los adversarios. La solución propuesta llevaría, en suma, á dar á la ley de 1892 sobre la conciliación, una sanción nueva, una sanción pecuniaria en forma de daños y perjuicios pronunciada contra aquella de las partes en el contrato de trabajo que se negara á aceptar procedimientos conciliatorios. Esto sería, por otra parte un medio indirecto de hacer obligatorio el arbitraje industrial. No desconozco el valor de las razones que pueden invocarse en favor de un sistema de arbitraje obligatorio, pero pienso que no puede introducirse en nuestras leyes el principio de semejante institución accesoriamente á un texto relativo al contrato de trabajo y bajo una forma tan poco aparente. Parece que sería preferible, si se quiere hacer entrar la huelga en el cuadro de la legislación aplicable al contrato de trabajo, atenerse directamente á los intereses prácticos que he señalado anteriormente, más bien que legislar sobre la cuestión doctrinal de la naturaleza jurídica de la huelga. Las disposiciones que habría que redactar decidirían, por ejemplo, si la huelga implica ó nó obligación de aceptar el plazo de desahucio; si expone ó nó á los huelguistas á ser remplazados inmediatamente y sin indemnización de ninguna clase por la otra parte. Pero conviene observar que toda solución por vía legislativa de estas cuestiones prácticas parece subordinada á la existencia de una reglamentación legal que contemple el ejercicio mismo del derecho de huelga. Mientras sea la huelga lo que es hoy frecuentemente, un estado inorgánico, un movimiento irreflexivo, inspirado por la cólera, y á veces violento en sus manifestaciones, es de prever que ninguna disposición legal podrá obtener de los huelguistas la observancia de un plazo de desahucio. Si se quiere que la huelga pueda entrar efectivamente en el cuadro de nuestra legislación contractual, es preciso que, bajo una forma apropiada á su naturaleza y al fin perseguido, el legislador se decida á reglamentar por disposiciones especiales el ejercicio de este derecho.

IV

Independientemente de las disposiciones relativas á la formación del contrato de trabajo, á sus efectos y á su ruptura, el proyecto contiene un gran número de disposiciones sobre las instituciones que se relacionan con el contrato de trabajo por un lazo muy estrecho. Hablo del reglamento de taller y de las convenciones colectivas relativas á las condiciones del trabajo.

El reglamento de taller, aunque destinado principalmente á contener disposiciones de policía interior y de orden disciplinario, comprende á veces también disposiciones relativas á la ejecución del trabajo, á la forma de pago de los salarios, al plazo de desahucio, en una palabra, á los efectos del contrato de trabajo. Era pues natural ocuparse de él con ocasión de este contrato.

Las disposiciones del proyecto relativas al reglamento de taller se inspiran en una medida muy ámplia, en una ley belga de 15 de junio de 1896. Tienen por objeto principalmente dar un carácter verdaderamente contractual á las prescripciones del reglamento de taller que

tengan un lazo evidente con el contrato de trabajo.

Actualmente, en efecto, el reglamento de taller debido á la iniciativa exclusiva del patrón, no sólo se impone á la adhesión de los empleados sin que éstos hayan podido discutir su contenido, sino que aún esta adhesión misma es puramente tácita. Resulta del simple hecho del empleado de trabajar sin protesta en la fábrica. Podría suceder que el empleado ignorara el reglamento que lo liga, ó por lo menos que lo conociera solo imperfectamente, pues por lo común no sólo no se le dá á conocer individualmente, sino que aún, en el estado actual de nuestra legislación, el patrón no está obligado á dar al reglamento una publicidad efectiva, en forma de avisos, por ejemplo. De tal suerte que en Francia, todavía hoy, el reglamento de taller no tiene más que la apariencia de un contrato, aún respecto de aquellas disposiciones que no tienen un carácter puramente disciplinario.

El proyecto de ley pone remedio á este estado de cosas. Precisa las indicaciones que, por obligación debe contener el reglamento, y prescribe su publicación. Además, decide que antes de que se ponga en vigor, deberá someterse á la apreciación de los empleados, que podrán presentar sus observaciones directamente ó por medio de sus intermediarios oficiales, en caso que no quieran darse á conocer personalmente.

Es esta ciertamente una de las innovaciones más interesantes del proyecto. Consagra á favor de los empleados una especie de derecho de representación, una facultad de apelación del patrón inconsiderado al patrón más prudente. Este conserva el derecho de no tomar en cuenta las observaciones; puede, á pesar de las observaciones que provoca su proyecto de reglamento, persistir en sus primeras intenciones; sin embargo, el reglamento, modificado ó nó después de la consulta á los empleados, no entrará en vigencia todavía. Se reserva un cierto plazo, ocho días por lo menos, á los empleados, para que puedan sustraerse á su aplicación, usando del derecho de desahucio. Gracias á estas prescripciones, la adhesión real de los empleados á las disposiciones del reglamento no es ya dudosa, y éste reviste, por consiguiente, un carácter efectivamente contractual.

Entre las disposiciones del proyecto y las de la mayor parte de las legislaciones extranjeras en que se inspira relativamente al reglamento de taller, hay ciertas diferencias. Así el proyecto no ha creído deber, y sin duda con razón, someter á la aprobación de la autoridad administrativa ó judicial las disposiciones del reglamento de taller, ni imponerlo como obligatorio á los establecimientos industriales que ocupan un cierto número de obreros.

Con el reglamento de taller, aún cuando, á consecuencia de la consulta á los obreros, implica su adhesión efectiva aunque tácita, las condiciones de contrato de trabajo se determinan por la iniciativa exclusiva del patrón. Con el contrato colectivo, por el contrario, estas condiciones son el resultado de una discusión, de un debate previo entre las dos partes, ó sus representantes. Las cláusulas del contrato de trabajo, en vez de discutirse individualmente entre el patrón y el empleado, como sucede en la pequeña industria, ó de imponerse por el patrón á la adhesión tácita del obrero, en forma de reglamento de taller, se fijan de común acuerdo y antes de la conclusión de

todo contrato individual de trabajo, entre la colectividad obrera, el sindicato, y el patrón ó la colectividad de patrones. Parece que no podría negarse el carácter contractual de las condiciones de salario y de duración del trabajo así determinadas.

El contrato colectivo tienen un lazo evidente con el contrato de trabajo; pero no es en sí mismo un contrato de trabajo, puesto que, en virtud de sus disposiciones, ningún empleado está obligado á trabajar y ningún patrón á pagar un salario. Su verdadero objeto consiste en determinar, bajo una forma contractual, colectivamente y de antemano, las condiciones á que deberán conformarse patrones y empleados, cuando hayan de celebrar posteriormente contratos individuales de trabajo.

Estas convenciones colectivas relativas á las condiciones del trabajo son muy frecuentes en ciertos paises. En Inglaterra, en las industrias metalúrjicas y mineras, su funcionamiento se facilita por la existencia de comitées mixtos permanentes, que comprenden un número igual de delegados de los obreros y de delegados de los patrones.

Se establecen de común acuerdo tarifas de salarios y duraciones uniformes de trabajo, y las convenciones colectivas así cobradas sirven de tipo, de bases á los contratos individuales de trabajo en la profesión y en la región.

El contrato colectivo se ha extendido igualmente en Dinamarca, y en Estados Unidos. En Francia sin ser desconocido, se pone poco en práctica todavía, pero parece que tiende á generalizarse. En la mayor parte de los casos en que se le encuentra actualmente, ha sido celebrado por intermedio y por iniciativa de un árbitro, á consecuencia de una huelga y con el objeto de prevenir una repetición.

En los países en que se ha vulgarizado el contrato colectivo, hay acuerdo en atribuirle, desde el punto de vista económico, resultados beneficiosos. Limitando la concurrencia entre los obreros, impide la baja de los salarios, y hace más pacíficas las relaciones del capital y el trabajo. Gracias á él ha podido darse á la industria minera de Escocia y del país de Gales el hermoso nombre de "industria sin huelgas". Asegura á los patrones, por otra parte, la igualdad en la concurrencia, por lo menos desde el punto de vista de las condiciones de fabricación, haciendo imposible de parte de cualquiera de ellos la especulación dirigida á reducir el precio de costo por la baja excesiva de los salarios. El contrato colectivo presta servicios á los mismos consumidores, en cuanto, por la garantía sindical que implica, es favorable no sólo á la regularidad de la producción, sino á la buena ejecución del trabajo y á la buena calidad de los productos. Excluye la mala obra como excluye la huelga.

Desde el punto de vista jurídico, el contrato colectivo es una institución de cuya validez no puede hoy dudarse. Un cierto número de sentencias la consagra formalmente, proclamando que el derecho de celebrar semejantes convenciones resulta naturalmente, para los sindicatos de la naturaleza misma de la misión que les ha confiado el legislador de 21 de Marzo de 1884, y del fin que les ha señalado.

En cuanto á la naturaleza jurídica del contrato colectivo, se promueve en la doctrina una controversia importante. Ciertos jurisconsultos desearían relacionar el contrato colectivo con la noción

del mandato, otros con la noción de la estipulación por otro, y aplicarle en cuanto á sus efectos y sanciones, las mismas reglas que se aplican actualmente á estas instituciones.

En verdad, me parece que ninguna de las teorías jurídicas actualmente consagradas, se adapta de una manera satisfactoria al contrato colectivo, y creo que el legislador hará una obra útil reglamentando esta institución nueva y preconizando sus efectos.

Es éste precisamente el objeto de un cierto número de las disposiciones de proyecto. Una de estas disposiciones e relativa á las sanciones del contrato co lectivo. Es una de las mayores dificulta des de la materia. Ciertos autores nie gan la posibilidad de sancionar legal mente el contrato colectivo. Por una parte, en efecto, el patrón tendrá siem pre el medio, cualquiera que sea la decisión del legislador, de sustraerse á la aplicación del contrato colectivo, cerrando la fábrica. Por su parte, el empleado tiene el recurso de cambiar de taller, sin que pueda prácticamente perseguírsele y obligársele, con sanciones eficaces, á someterse, en un nuevo establecimiento, á las condiciones fijadas colectivamente.

La objeción tiene valor; pero, sin embargo, me parece que hay que reconocer que la clausura de la fábrica, el ejercicio por parte del empleado del derecho de desahucio, son soluciones extremas, á que sólo han de recurrir los interesados en último caso. El hecho de que no sean imposibles no es de ningún modo un obstáculo para que el legislador sancione eficazmente el contrato de trabajo. El examen de la jurisprudencia permite constatar, en la actualidad, la existencia de semejantes sanciones bajo la forma del derecho reconocido por los tribunales á ciertas personas para proceder judicialmente con el objeto de asegurar la ejecución del contrato colectivo y, en caso de violación de este contrato, obtener indemnización de daños y perjuicios. La eficacia de semejante acción, como sanción del contrato colectivo, no es dudosa cuando se dirige contra el patrón que es parte en el contrato. La misma sanción dejaría de ser ilusoria respecto de los empleados el día que, á consecuencia del reconocimiento de la capacidad civil de los sindicatos, la acción de indemnización de daños y perjuicios por inejecución del contrato colectivo pudiera hacerse efectiva en el patrimonio del sindicato.

Importa, pues, saber á quién corresponde la acción dirigida á obtener la ejecución del contrato colectivo ó de indemnización de daños y perjuicios en caso de inejecución de este contrato.

¿Debe reconocerse este derecho al sindicato mismo que hubiere sido parte en el contrato? Sobre este punto, la jurisprudencia ha sido muy incierta hasta estos últimos años, y parece difícil deducir de sus conclusiones un sistema coherente.

Ciertos fallos acuerdan á los empleados sindicados la acción contra el patrón que hubiere violado la convención colectiva, con el objeto de obtener la reparación del perjuicio que esta violación haya causado á cada uno de ellos individualmente. Pero un fallo célebre de la Corte de Casación, de 1893, niega al sindicato el derecho de obrar por sí mismo para obtener la ejecución de la convención colectiva, con el pretexto de que los intereses en juego son intereses individuales, los intereses de los sindicados, y nó un

interés colectivo, el interés del sindicato, persona moral.

Puede observarse, es cierto, después de 1893, un cambio bastante notable en la orientación de la jurisprudencia sobre este punto. Los tribunales parecen más y más dispuestos á admitir la legalidad de la intervención del sindicato, por poco que pueda justificarse esta intervención por el interés del mismo sindicato, aunque sea un interés moral. A pesar de todo, sin embargo, se discute siempre la cuestión de la acción del sindicato. Ella debía, pues, atraer la atención del legislador.

El artículo 20 (1) que, en el proyecto, es relativo á las sanciones del contrato colectivo, atribuye de la manera más amplia la acción dirigida á obtener la ejecución de este contrato. Corresponderá, según parece, á cualquiera persona, física ó moral, que tenga interés en ejercitarla. El texto la confiere, no sólo á los patrones ó empleados individualmente, para obtener la reparación del perjuicio sufrido, sino al sindicato mismo que es parte en el contrato. La acción del sindicato se dirigirá, según los casos, ó contra la otra parte, ó contra cualquiera de los miembros del sindicato que, desconociendo las condiciones convenidas, haya comprometido la responsabilidad del sindicato ó causado un perjuicio á los otros miembros.

Me parece que pueden defenderse todas estas soluciones. El texto va más lejos: confiere al sindicato el derecho de ejercitar, no sólo la acción colectiva, sino aún las acciones individuales que correspondan á sus miembros, pero con el consentimiento de éstos. Desde el punto de vista puramente jurídico, es esta una solución atrevida, porque consagra en favor del sindicato, en materia de contrato colectivo, la existencia de un verdadero mandato *ad litem* y establece una derogación á la regla tradicional "nadie litiga en Francia por procurador".

Después de haber determinado las personas á quienes corresponde la acción dirigida á obtener la ejecución del contrato colectivo, veamos qué personas están ligadas efectivamente por las cláusulas de este contrato.

La cuestión se encuentra reglamentada de una manera muy clara por el artículo 15 (1) del proyecto. El contrato colectivo será aplicable á todos los indi-

(1) ART. 20. «Los sindicatos que han intervenido como parte en la convención colectiva relativa á las condiciones del trabajo pueden ejercitar todas las acciones que nazcan de esta convención colectiva en su favor ó en favor de sus miembros, con su consentimiento.

«Tienen acción especialmente para obtener la ejecución de la convención ó la indemnización de daños y perjuicios en caso de inejecución, sea contra las partes, individuos ó sindicatos, con que hayan celebrado la convención colectiva, sea contra aquellos de sus miembros que no hayan aceptado las reglas establecidas por la convención colectiva.

«Cuando la convención colectiva ha intervenido entre un sindicato ó una colectividad de empleados y muchos patrones, cada uno de los patrones y cada uno de los miembros de este sindicato y de la colectividad obrera, tendrá acción igualmente para obtener á su favor la ejecución ó la indemnización de daños y perjuicios contra los que, habiendo contratado con él, no respeten las obligaciones resultantes para ellos de la convención colectiva».

(1) ART. 15. «A falta de estipulación contraria expresamente enunciada en los estatutos de los sindicatos ó en la misma convención colectiva, se consideran sometidos á las obligaciones resultantes de esta convención colectiva, los empleados y patrones que, en el momento en que se celebra la convención, son miembros del sindicato ó de la colectividad que es parte en la convención, ó que se adhieran después al sindicato ó á la convención».

viduos que forman parte del sindicato en el momento de la celebración del contrato, y á todos los que se adhieran posteriormente, sea al sindicato, sea á la convención colectiva.

No creo que la solución pueda ofrecer dificultades respecto á los que se adhieran después al sindicato: á su entrada en el sindicato, han sido evidentemente advertidos de la existencia de la convención colectiva; han debido conocer sus cláusulas y las han aceptado tácitamente al adherirse al sindicato. Pero la cuestión parece más delicada cuando se trata de considerar como ligados por la convención colectiva los miembros anteriores, los que formaban ya parte del sindicato en el momento que éste celebró el contrato.

El texto del artículo 14 (1) confiere, en efecto, á los administradores del sindicato, el derecho de celebrar convenciones colectivas válidas durante el plazo de cinco años. Los miembros del sindicato, patrones ó empleados, podrán, sin haber sido consultados, encontrarse ligados, por cinco años, por una convención cuyas condiciones les serán muy desfavorables, y á cuya aplicación no tendrán, sin embargo, medio alguno de sustraerse. Respecto á los empleados, la objección no es talvez insuperable, en razón de la insuficiencia de las sanciones que pueden actualmente afectarles en caso de violación por parte de ellos del contrato colectivo. Todavía podría suceder que la tarifa establecida por la convención colectiva fuera realmente perjudicial á los obreros mejores.

Pero, en todos los casos, la solución propuesta parece en extremo grave cuando se trata de los patrones. Un contrato colectivo celebrado por el presidente de un sindicato de patrones podría tener por consecuencia colocar á algunos de los miembros de este sindicato en una situación tal, que el único medio para ellos de evitar la ruina sería la clausura de sus establecimientos.

Debo reconocer que pueden darse á estas objeciones ciertas respuestas que no carecen de valor. Se dirá, por ejemplo, que si no se admite la solución propuesta, se compromete el porvenir del contrato colectivo. Cuando un sindicato de patrones, á consecuencia de una huelga está dispuesto á tratar con una colectividad obrera, es preciso, si se quiere que pueda celebrarse el contrato útilmente, que, por una y otra parte, se imponga á todos los miembros del sindicato. No es admisible que algunos de entre ellos puedan, sustrayéndose á la aplicación de la convención legalmente celebrada en virtud de un mandato regular, aprovechar de que los demás permanezcan ligados por esta convención para hacerles una concurrencia desleal. Admitir una solución semejante sería comprometer el porvenir, el desarrollo, y talvez la posibilidad del contrato colectivo.

El argumento parece tener una gran fuerza. No basta, sin embargo, á mi juicio, para justificar la disposición del artículo 15. Si puede alentarse el fraude reconociendo á los miembros del sindi-

(1) ART. 14 «La convención colectiva no podrá celebrarse por un plazo superior á cinco años.

«A falta de estipulación que determine la duración de la validez de la convención colectiva, se considerará que esta convención liga á las partes por un período de un año.

«La convención colectiva que no ha sido denunciada en los plazos previstos por las partes, ó á falta de estos plazos, antes de su expiración, será prorrogada por un nuevo período igual al precedente.»

cato el derecho de retirarse de éste después de la convención colectiva, lo mismo puede suceder reconociendo al sindicato el poder de comprometer á sus miembros sin su adhesión efectiva. Semejante carta en blanco dada por los estatutos al presidente de un sindicato de patrones ú obreros, abre la puerta á todos los abusos.

Se invoca el porvenir del contrato colectivo. Pero ¿no es comprometer este porvenir, y talvez el porvenir de las mismas organizaciones de los sindicatos, imponer á los miembros del sindicato, contra su voluntad, un contrato colectivo, en que no han sido partes efectiva y personalmente, y que puede ser el resultado del error ó del fraude? ¿No habría una prenda de paz industrial más séria en la adhesión libremente consentida de los interesados al contrato colectivo que pone fin á la huelga? ¿Y no es introducir en el contrato colectivo una causa de discordia y de nueva huelga declararlo aplicable de pleno derecho y sin necesidad de ninguna ratificación, como sin posibilidad de sustraerse á él á individuos que han ignorado las condiciones, y para cuyos intereses pueden ser estas condiciones muy perjudiciales?

Parece que el porvenir del contrato colectivo no se vería en nada comprometido si el proyecto, en vez de contentarse con un mandato general resultante de la ley de 1884, ó inscrito en los estatutos del sindicato, exigiera, para que pudiera considerarse comprometidos á sus miembros, que el contrato hubiera sido celebrado en virtud de un mandato especial, mandato que podría darse en una forma colectiva, por medio de votación, por ejemplo. En semejante caso los miembros del sindicato no estarían expuestos á quedar ligados, por un plazo de cinco años, por una convención celebrada sin su consentimiento; y tendrían siempre el recurso para sustraerse al contrato colectivo, de salir del sindicato antes de la conclusión de este contrato. No habría, pues, que temer, por una ú otra parte, sorpresa ó mala fe.

Todavía merece llamar la atención otra disposición del proyecto, la del artículo 18, según el cual, cuando en una región ó para una profesión determinada, se ha celebrado un contrato colectivo, este contrato deberá considerarse como aplicable, bajo reserva de la prueba de una intención contraria, á las relaciones de todos los patrones y empleados de la profesión y de la región.

El contrato colectivo, en una palabra, no ligará sólo á los que efectivamente lo han celebrado; valdrá como una costumbre local y profesional respecto á un gran número de personas, patrones y empleados, que no habrían sido partes en el contrato. El origen del artículo 18 (1) puede encontrarse en las disposiciones de ciertas legislaciones extranjeras recientes, especialmente en una disposición del proyecto del Código Civil suizo; la solución que consagra tiene por objeto evidente y tendría sin duda por efecto generalizar rápidamente la aplicación del contrato colectivo. Sin em-

(1) Art. 18.=«Cuando no existe más que una convención colectiva relativa á las condiciones del trabajo para la profesión ó la región y se ha depositado esta convención colectiva en la secretaría del Consejo de Hombres Buenos, ó en la secretaría del Juzgado de Paz, en conformidad al artículo 13, se presumirá, hasta prueba contraria, y durante el plazo de la convención colectiva, que los patrones y empleados han aceptado, para reglar las relaciones nacidas de los contratos de trabajo celebrados entre ellos, las reglas establecidas en la convención colectiva».

bargo, promueve numerosas y muy graves objeciones.

Puede parecer chocante, por de pronto, que una sola convención colectiva celebrada talvez entre un patrón único y un sindicato de empleados de escasa importancia por el número de sus adherentes, se convierta en costumbre local y profesional, y se sustituya, á este título, á las costumbres anteriormente reconocidas por los Tribunales. Nada se opone seguramente, y esto sería sin duda excelente, á que por una série de adhesiones sucesivas de los patrones y de los empleados de la profesión y de la región, las cláusulas del contrato colectivo puedan reconocerse un día como una costumbre local y profesional, aplicable para interpretar las convenciones individuales en caso de insuficiencia de éstas; pero considerar como costumbre las cláusulas de un contrato colectivo único, al cual pueden no haberse adherido ni la mayoría de los patrones, ni la de los empleados de la región, no es constatar la costumbre; es, en realidad, crearla, y crearla en condiciones tales que, la mayor parte de las veces, será contraria á las intenciones de los interesados.

Puede observarse, es cierto, que la convención colectiva sólo se aplicará como costumbre á falta de convención contraria. Pero el hecho de que deba probarse una intención contraria, de que, por consiguiente, deberá haberse expresado, no es el inconveniente menor de la disposición propuesta. Los empleados no habrían pensado sin duda en reclamar un cambio en las condiciones de sus contratos individuales que se encuentran reglamentadas simplemente por la costumbre, aún cuando se haya celebrado en la región un contrato colectivo en condiciones diferentes por otro patrón. Por el contrario, protestarán naturalmente si, para evitar las condiciones nuevas que, en el silencio de los contratos individuales, les serían aplicables de pleno derecho á título de costumbre, el patrón quiere insertar en el reglamento de taller una cláusula formal que mantenga los usos anteriores. Parece pues que, en las relaciones de patrones y de empleados, el artículo 18 puede llegar á ser una fuente de conflictos y de huelgas.

Sin contar con que la aplicación de esta disposición sería de las más frágiles, pues la presunción que consagra implica la existencia de una sola convención colectiva, bastaría que se celebrara una segunda convención de esta naturaleza, aunque fuera entre un sólo patrón y un pequeño número de empleados, para que la primera dejara de valer como costumbre profesional y local, sin que, por lo tanto, se le sustituya la segunda desde este punto de vista.

La aplicación del artículo 18 encontraría por último una temible dificultad de hecho, que ninguna disposición legal permite actualmente determinar con presición los límites de las diversas regiones industriales, y que, por consiguiente, el dominio de un contrato colectivo considerado como costumbre regional, quedaría abandonado forzosomente á la arbitrariedad de los tribunales, á menos que—lo que sería peor todavía—se confiara al contrato colectivo mismo, el cuidado de determinar su campo de aplicación.

¿No sería mejor, en presencia de las objeciones que promueve la disposición del artículo 18, dejar al tiempo el cuidado de probar el valor práctico de las di-

versas convenciones que podrían celebrarse para cada profesión y en cada región, ya que no debe reconocerse el carácter de costumbre á una cualquiera de estas convenciones sino cuando se generalice su aplicación?

Tal es, en su conjunto, la economía del proyecto de ley relativo al contrato de trabajo. Parece que no se podría, sin injusticia, negar á este proyecto el mérito de llenar una laguna de nuestra legislación civil y fijar con precisión un cierto número de puntos que se debaten todavía en jurisprudencia y en doctrina. Algunas de sus disposiciones promueven, es cierto, objeciones graves, y deberían enmendarse por la Comisión parlamentaria á cuyo examen se encuentra sometido. Sólo con esta condición podría llegar á ser una ley de progreso y de garantía para todos los intereses, un medio eficaz de mejorar y de hacer más pacíficas las relaciones de los patrones y de los empleados, en una palabra, la Carta del trabajo y de la industria en nuestro país.

CAMILLE PERREAU

DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES SOBRE
SOCIEDADES ANÓNIMAS EN BOLIVIA

ADVERTENCIA

La inversión de capitales chilenos en sociedades anónimas para explotar las riquezas del suelo boliviano ha adquirido en los últimos tiempos un desarrollo considerable. Por eso hemos creido de interés para nuestros compatriotas la reunión en un sólo cuerpo de todas las leyes y decretos supremos que reglamentan la organización y funcionamiento de tales sociedades.

Las indicadas disposiciones legales son numerosas, se repiten, se contradicen, quedando en la mayoría de los casos, entregado al criterio individual el discernir lo que está vigente de lo que ha sido abrogado.

Por otra parte, hay que tener presente que el Código Mercantil está en desuso, aún cuando no ha sido expresamente declarado sin vigor ó derogado por leyes posteriores. De manera que, ateniéndonos al principio de que la ley sólo puede ser abrogada por otra ley, hemos incluido en esta recopilación todas sus disposiciones que no se hallan en contradición con las leyes más recientes.

Sin pertenecer al foro cualquiera comprenderá que, en un caso dado, nadie podría alegar la tácita derogación del Código Mercantil, como no habría juez que no procediera y fallara con arreglo á sus disposiciones.

Para facilitar la agrupación de las materias y evitar repeticiones, hemos dado á nuestro trabajo la forma de Código, dividiéndolo en títulos y artículos. Estos últimos conservan su redacción original, salvo cuando, para el mejor método, ha sido necesario dividirlos ó modificarlos parcialmente, á fin de que la recopilación conserve la debida unidad de plan.

La jurisprudencia en la materia que nos ocupa, aunque escasa y de poca importancia, ha sido también incluida al pié de los respectivos artículos.

Tomando en cuenta que el trabajo ha sido hecho principalmente para extranjeros, hemos procurado evitar toda referencia sea á otros Códigos, leyes ó

decretos, sea á otras prescripciones del Código Mercantil, prefiriendo insertar esos preceptos junto con varios otros que, en realidad, no deberían formar parte de una ley sobre sociedades anónimas.

Vaya con las precedentes explicaciones nuestro sincero deseo de que esta recopilación pueda ser de alguna utilidad á los hombres de negocios y á los abogados chilenos.

LEYES Y DECRETOS QUE EN TODO Ó EN PARTE HAN SIDO INCLUIDOS EN LA PRESENTE RECOPILACIÓN.

Código Mercantil.

Decreto de 8 de marzo de 1860. (Sociedades anónimas).

Ley de 11 de noviembre de 1873. (Impuesto sobre utilidades de sociedades anónimas).

Decreto de 26 de diciembre de 1873. (Sociedades anónimas).

Ley de 13 de octubre de 1880. (Minería).

Decreto de 28 de octubre de 1882. (Reglamento de la ley anterior).

Ley de 13 de noviembre de 1886. (Sociedades anónimas).

Decreto de 25 de marzo de 1887. (Reglamento de la ley anterior).

Ley de 28 de octubre de 1890. (Impuesto de timbres).

Decreto de 1.º de enero de 1891. (Reglamento de la ley anterior).

Ley de 13 de octubre de 1892. (Sociedades anónimas).

Ley de 12 de noviembre de 1894. (Impuesto sobre utilidades de empresas minera y sobre pastas de plata).

Decreto de 21 de febrero de 1895 (Reglamento de la ley anterior).

Ley de 20 de noviembre de 1895. (Sociedades anónimas).

Ley de 19 de noviembre de 1898. (Sociedades anónimas).

Decreto de 8 de mayo de 1900. (Minería).

Decreto de 31 de julio de 1902. (Sociedades anónimas y empresas mineras).

Ley de 27 de septiembre de 1904 (Sociedades de seguros).

Ley de 21 de diciembre de 1904. (Varios impuestos).

Ley de 27 de diciembre de 1904. (Impuesto de timbres y papel sellado).

Decreto de 11 de febrero de 1905. (Impuesto de timbres y papel sellado).

Abreviaturas usadas en este trabajo

A.....	año.
Art.....	artículo.
C. M.....	Código Mercantil.
D.....	Decreto.
G. J.....	Gaceta Judicial.
L.....	Ley.
Nº.....	número.
Pág.....	página.
R S.....	Resolución Suprema.

TÍTULO PRIMERO

DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ARTICULO PRIMERO. La sociedad anónima es una persona jurídica formada por la creación de un fondo común que suministran accionistas responsables sólo hasta el monto de sus acciones, administrada por mandatarios revocables y conocida por la denominación del objeto que se propone. (Art. 1º, Nº 1171, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 2º Estas sociedades no tienen firma comercial. (Art. 248 C. M.)

ART. 3º Toda sociedad organizada ó que se organizare en la República ó en el extranjero con los caracteres sustanciales de las sociedades anónimas, aun cuando sus fundadores la hubiesen dado expresamente otra denominación, queda sujeta, en tratándose de sus derechos y obligaciones, á las leyes que rigen las sociedades anónimas. (Art. 2º, L. 13 de noviembre de 1886).

ART. 4º Toda sociedad anónima que gire en la República debe constituir su domicilio civil en ella para habilitarse en el ejercicio de los derechos civiles. (Art. 1º, D. 26 de diciembre de 1873).

ART. 5º Las sociedades anónimas, antes de empezar sus operaciones, formarán los reglamentos conducentes á su manejo directivo i económico. (Art. 247 C. M.).

Los estatutos especiales de las compañías no pueden modificar ni destruir los derechos de personas extrañas á la sociedad. (G. J., A. 31, Nº 646 de 20 de febrero de 1894, pág. 32).

ART 6º Las sociedades anónimas están obligadas á llevar cuatro libros mercantiles:

1º Diario;

2º Mayor ó de Cuentas Corrientes;

3º De Inventarios; y

4º Copiador. (Art. 32 C. M. y art. 1º, D. 31 de julio de 1902.

ART. 7º La falta de cumplimiento de las disposiciones del artículo anterior será penada con una multa de quinientos á mil bolivianos, impuesta á las sociedades omisas por el Prefecto del respectivo departamento ó por el Inspector que nombrare el Gobierno. (Art. 8º, D. 31 de julio de 1902).

ART. 8º Las sociedades anónimas mineras están sujetas á las prescripciones generales sobre sociedades anónimas, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales del ramo. (Art. 31, L. 13 de octubre de 1880; art. 74, D. 28 de octubre de 1882 y art. 11, D. 8 de mayo de 1900).

G. J., A. 31, Nº 646 de 20 de febrero de 1894, pág. 32; A. 36, Nº 707 de 31 de marzo de 1899, pág. 2; A. 38, Nº 730 de 30 de abril de 1901, pág. 19.

TÍTULO II

DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ART. 9º Esta sociedad se constituye en escritura pública, que deberá expresar:

1º El nombre, apellido, profesión y vecindad ó residencia de los socios fundadores;

2º La residencia de la sociedad;

3º La designación clara y completa de la empresa ó negocio que la sociedad se propone por objeto y del que toma su denominación.

4º El fondo social con el número y la cuota de las acciones en que se divide y la forma y plazos en que debe consignarse su importe;

5º La época en que deben formarse los inventarios y balances, y fijarse los dividendos;

6º La duración de la sociedad;

7º Las atribuciones de los administradores y su responsabilidad, así como las facultades reservadas á la junta general de accionistas;

8º La parte o cuota de las ganancias que debe asignarse para fondos de reserva;

9º El monto al que la disminución del fondo social debe causar la disolución de la sociedad;

10. Las reglas de liquidación y partición del haber social, y los demás pactos especiales que acordaren los interesados. (Art. 1º, Nº 1172, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 10. También se hará constar en escritura pública cualquiera reforma ó ampliación del contrato y estatutos sociales, aun después de establecida la sociedad. (Art. 232 C. M. y art. 1º, Nº 1173, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 11 No podrán admitirse instrumentos privados ni la prueba testimonial contra el tenor de la escritura de sociedad, siendo inválidos cualesquier pactos que los asociados hicieren fuera de ellas. (Art. 235 C. M.).

ART. 12. Si tales pactos se hubiesen consignado en instrumento privado, éste no surtirá más efecto que el de poderse compeler á los asociados para el otorgamiento de la escritura, sin serles lícito entre tanto dar principio á operación alguna social. (Art. 236 C. M.).

ART. 13. En el registro público y general de comercio que debe existir (1) en cada capital de departamento, se inscribirán dentro de los quince días siguientes á su otorgamiento, tanto la escritura de sociedad, como su reforma ó ampliación, insertándose en la toma de razón los reglamentos que le conciernan y hayan sido aprobados. (Arts. 20, 21, 24 y 28 C. M.).

ART. 14. La falta de toma de razón en el expresado registro traerá como consecuencia qne los socios puedan demandar sus derechos reconocidos por la escritura de sociedad; salvo el de los terceros que hubiesen contratado con ella. (Art. 29 C. M.).

ART. 15. Serán publicados por la sociedad, en tiempo y forma prescritos por los reglamentos de Gobierno (1), tanto la escritura y estatutos de la sociedad, como su reforma ó ampliación, con las autorizaciones con que éstos deben ser legalizados por el Gobierno. (Art. 1º, Nº 1179, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 16. No será válida la sociedad en que no se haya cumplido con las solemnidades de los artículos 9º y 15. (Art. 1º, Nº 1180, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 17. La sociedad que no hubiere designado su domicilio en la escritura constitutiva ó en sus estatutos se considerará, para los efectos legales, como domiciliaria del lugar donde se encuentre su principal establecimiento, según las reglas del Código Civil (2). (Art. 2º, D. 26 de diciembre de 1873).

ART. 18. Las sociedades anónimas reciben su existencia legal del decreto del Gobierno, que las autorizará conforme á la Constitución, cuando constare haberse llenado los requisitos que más adelante se expresan.

Esta autorización será igualmente necesaria en el caso de reforma ó ampliación del contrato y estatutos sociales. (Art. 1º, Nº 1174, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 19. Toda sociedad que gire dentro del territorio de la República, sea que su Directorio esté en el país ó en el extranjero, solicitará del Ministerio de Industria su constitución legal, presentando para el efecto los documentos siguientes:

Copia legalizada de su escritura social; copia de sus estatutos; copia autorizada

(1) Este registro no existe.

(1) Reglamentos que aun no han sido dictados.

(2) «El domicilio de todo boliviano en cuanto al ejercicio de sus derechos civiles, está en el lugar donde tiene su principal establecimiento». (Art. 47 del Código Civil).

del acta de instalación, la que contendrá la designación del personal del Directorio y certificado de las cuotas pagadas sobre las acciones. (Art. 5º, D. 25 de marzo de 1887).

ART. 20. El Gobierno, en vista de estos documentos y previo el dictamen del Ministerio Público, declarará á la sociedad legalmente constituida, procediendo en seguida á la inscripción de aquélla en la matrícula correspondiente y depositándose estos documentos en la notaría de hacienda del departamento respectivo· (Art. 6º, D. 25 de marzo de 1887).

ART. 21. No podrá expedirse la autorización del Gobierno sin que conste, previo examen de la escritura de sociedad y estatutos aprobados por los accionistas:

1º Que el fondo social será efectivo y nó nominal,

2º Que el fondo será proporcionado á la empresa ú objeto de la sociedad;

3º Que las operaciones de la administración serán suficientemente examinadas y vigiladas por los socios; y

4º Que el número de suscriptores ó accionistas que hagan la demanda de autorización represente la tercera parte á lo menos del fondo social que se hubiere estipulado. (Art. 1º, Nº 1175, D. 8 de marzo de 1860).

Art. 22. La autorización designará siempre la cuota del fondo social que debe realizarse en el plazo que se estime conveniente antes de entrar en giro la sociedad. Esta cuota podrá llegar, según los casos y circunstancias, hasta un veinticinco por ciento de las acciones, sin tomar en cuenta las de industria ó privilegio.—(Art. 1.º, Nº 1,176. D. 8 de marzo de 1860).

Art. 23. Hasta que se justifique la existencia de la cuota designada con sujeción al artículo anterior, no se declarará por el Gobierno que la sociedad queda legalmente instalada, ni se señalará el término en que debe entrar en ejercicio.

Al efecto, una vez obtenida la autorización, se justificará ante el Ministerio de Industria la recaudación en la caja social de la cuota designada en aquélla, á fin de que, dándose cuenta al Gobierno, se declare constituida la sociedad.—(Art. 1.º, N.º 1,177 y 6.º D. 8 de marzo de 1860).

Art. 24. En seguida se convocará, á junta general de accionistas, presidida por el empleado público (1) delegado para el efecto, y dándose lectura del decreto de autorización y de la declaración á que se refiere el artículo anterior, se procederá al nombramiento de la administración y de los inspectores que deba tener la compañía, conforme á sus estatutos, para que proceda á la emisión de los títulos de acciones, con sujeción á lo dispuesto en el artículo 29.—Art. 7.º, D. 8 de marzo de 1860).

Vistos y considerando que por el artículo 12 de la ley de 13 de noviembre último, se estatuye de una manera expresa y terminante la vigencia de las disposiciones y reglamentos publicados antes del 18 de noviembre de 1884: que el decreto reglamentario de 25 de marzo pasado, al determinar las formalidades de inscripción de las sociedades anóni-

(1) El texto orijinal dice: «por el jefe político ó empleado público...» Mas, como el decreto de 25 de marzo de 1887, dispuso que la autorización se solicitara por intermedio del Ministerio de Industria y nó del jefe político del departamento respectivo, como lo preceptuaba el decreto de 1860, es lógico que ya no tenga intervención alguna en la constitución de las sociedades anónimas el citado jefe político ó prefecto.

mas en la matrícula respectiva de cada uno de los departamentos mineros (?) de la República, no altera los procedimientos que deben observarse para la expedición de títulos de acciones conforme al artículo 7.º del decreto dictatorial de 8 de marzo de 1860; se declara no haber lugar á la anterior consulta de la Prefectura de este departamento sobre la vigencia del artículo 7.º del enunciado decreto de 8 de marzo de 1860.—Tómese razón, etc. (R. S. de 17 de agosto de 1887).

ART. 25. Ninguna sociedad anónima que carezca de autorización será admitida á gestionar como persona jurídica ante los tribunales ni ante los demás funcionarios públicos; los estatutos y reglamentos de tales sociedades para su administración y manejo directivo y económico sólo surtirán efecto para con las personas que se hubieren ligado á ellos por pacto expreso. (Art. 5.º D. 26 de diciembre de 1873).

Art. 26. Las sociedades anónimas no autorizadas tampoco podrán invocar la observancia de las demás disposiciones legales y quedarán sujetas en todo á las prescripciones del derecho común.—(Art. 6.º D. 26 de diciembre de 1873).

TITULO III

DEL FONDO SOCIAL I DE LAS ACCIONES

ART. 27. El fondo social se dividirá en acciones y éstas podrán sub-dividirse en cupones.—(Art. 250. C. M. y art. 1.º, Nº 1,182. D. 8 de marzo de 1860).

ART. 28. Las acciones definitivas pueden ser al portador ó nominales. Las acciones nominales son transferibles por inscripción ó endoso sin responsabilidad.

Las acciones al portador se transfieren por la mera tradición de los títulos. (Art. 1.º, Nº 1,187. D. 8 de marzo de 1860).

ART. 29. Queda prohibida la emisión de acciones al portador antes de haberse cubierto la totalidad de su valor á la sociedad. (Art. 1.º, Nº 1,188. D. 8 de marzo de 1860).

ART. 30. Cuando el fondo social se componga de acciones de capital y de industria, estas segundas permanecerán en depósito, sin poder enajenarse hasta que el socio ó socios portadores hayan cumplido lo que estipularon con la sociedad. (Art. 1.º, Nº 1,182. D. 8 de marzo de 1860).

ART. 31. Las acciones industriales sólo dan derecho á la parte correspondiente en las ganancias de cada año, sin participación alguna en el fondo social, salvo que se estipulare lo contrario en la escritura de sociedad. (Art. 1.º, núm. 1,183. D. 8 de marzo de 1860).

Art. 32. Los accionistas pueden transferir ó enajenar sus promesas de acción antes de estar legalmente autorizada la sociedad, y esta enagenación será válida, aunque la sociedad no llegue á establecerse por falta de autorización legal. —(Art. 1.º, Nº 1,184. D. 8 de marzo de 1860).

Art. 33. La transferencia de una acción cuyo valor se haya cubierto en parte solamente á la sociedad, no extingue la obligación del cedente para con ésta, salvo que los administradores la den por cancelada en la misma transferencia, con sujeción á lo estipulado por la sociedad.—(Art. 252. C. M. y art. 1.º, Nº 1,185. D. 8 de marzo de 1860).

Art. 34. Queda prohibida la enagenación de acciones difiriendo hasta cierto día la entrega de los títulos, ó haciéndola bajo condición.—(Art. 1.º, N.º 1,189. D. 8 de marzo de 1860).

Art. 35. Los iniciadores de sociedades anónimas no podrán transferir una mitad de sus acciones primitivas durante los dos primeros años de la constitución de la sociedad.

Al cumplimiento de la prescripción anterior, está afecta directamente la responsabilidad del directorio ó apoderado de dichas sociedades.—(Art. 9.º L. 13 de noviembre de 1886 y 8.º D. 25 25 de marzo de 1887).

Art. 36. Nadie tendrá acción ó derecho para reclamar la devolución de acciones que hubiere transferido simuladamente con objeto de extender su representación en junta general (1) ó de dar acceso en el directorio á individuos que no sea propietarios del número de acciones prescrito por los estatutos.—(Art. 2.º L. 20 de noviembre de 1895).

Art. 37. Cualquier accionista podrá pedir que el tenedor sospechoso sea interrogado sobre la legalidad de la transferencia del título ó títulos que éste presente, debiendo ser, para el efecto, examinado por el presidente en junta general y bajo de juramento.—(Art. 3.º L. 20 de noviembre de 1895).

Art. 38. Cuando algún accionista no cubriere en las épocas convenidas las cuotas de su acción, la sociedad podrá venderla de cuenta y riesgo del socio moroso, ó proceder ejecutivamente contra sus bienes ó emplear cualquier otro arbitrio que se hubiere estipulado por la sociedad, para subsanar los daños y perjuicios de la mora, sin perjuicio de exigirle el interés legal que corresponda.—(Arts. 256. C. M. y 1.º, Nº 1,186. D. 8 de marzo de 1860).

Art. 39. En caso de insolvencia de la sociedad, los terceros tendrán derecho para perseguir directamente el pago del valor de las acciones que se adeudare por los accionistas.—(Art. 1.º, Nº 1,192. de 8 de marzo de 1860),

Art. 40. Justificado el extravío ó pérdida de una acción (1) se expedirá un nuevo título al propietario, previo afianzamiento á satisfacción de la sociedad. —(Art. 1.º, Nº 1,190. D. 8 de marzo de 1860).

TITULO IV

DE LOS SOCIOS Ó ACCIONISTAS DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Art. 41. Los accionistas no son responsables sino hasta concurrencia de los derechos ó del interés que tengan en el haber social, sin que pueda exigírseles la restitución de las cantidades que hubieren percibido en los dividendos por ganancias.—(Arts. 249. C. M. y 1.º, N.º 1,191 y 1,192. D. 8 marzo de 1860).

---

(1) El art. 1.º de la ley de 20 de noviembre de 1895 reglamentaba la representación ó número de votos que debía tener cada accionista en las juntas generales, según las acciones que poseyera. El art. 1.º de la ley de 19 de noviembre de 1898 derogó dicha disposición, estableciendo que rejirían sobre la materia los preceptos vijentes con anterioridad á la prescripción que quedaba derogada. Como sobre este particular nada estatuyen las demás leyes ó decretos del ramo, debe estarse á lo que se consigne en los estatutos sociales.

(1) El texto original habla sólo «de una acción al portador»: pero como no existe disposición semejante, diversa ó contraria referente á las otras especies de acciones, creemos que, por analogía, debe aplicarse á ellas la prescripción que dejamos trascrita.

Art. 42. Sin embargo, cuando la sociedad fuere disuelta por inobservancia ó violación de los estatutos, los socios y los administradores que hayan acordado la transgresión serán mancomunadamente responsables por los perjuicios causados con ella sea á los accionistas ó á terceros.

La ejecutoria del tribunal que, en este caso, declare la disolución de la sociedad, declarará también la responsabilidad mancomunada de unos y otros. —(Art. 1.°, N° 1,178. D. 8 de marzo de 1860).

Art. 43. Los socios deberán cumplir religiosamente todos los pactos lícitos que se hubiesen consignado en la escritura del contrato. En cuanto no haya sido previsto en ella, tendrán lugar las reglas siguientes: (Art. 253 C. M.)

G. J., Art. 36, N° 707 de 31 de marzo de 1899, pág. 2.

Art. 44. Si el capital puesto por un socio consistiere en créditos, sólo se le abonarán en cuanto se hayan hecho efectivos. No consiguiéndose esto después de ejecutado el deudor, estará obligado el socio á cubrir sin demora el importe de ellos.—(Art. 254. C. M.)

Art. 45. Es prohibido á los socios no administradores contradecir ó entorpecer las operaciones de estos últimos (1) ó impedir los efectos de ellas. —(Art. 257. C. M.)

La apreciación de los actos que puedan contradecir ó entorpecer las operaciones de una sociedad ó impedir sus efectos, se halla librada al criterio de los jueces; por consiguiente, la calificación que ellos hagan no está sugeta á censura en casación. — (G. J., Art. 36, N° 707 de 31 de marzo de 1899, páj. 2).

Art. 46.—La sociedad abonará á sus individuos los gastos que expendieren en evacuar los negocios de ella. También deberá indemnizarles los perjuicios que experimentaren por efecto inmediato y directo del desempeño de tales negocios; más nó si ellos hubieren provenido de otra causa independiente, ó bien por su culpa ó por caso fortuito.—(Art. 297. C. M.)

Art. 47. La sociedad no adquirirá derecho alguno ni será responsable á las negociaciones que hicieren sus miembros en nombre y con fondos propios, siempre que ellas fueren de las que no les estén prohibidas.—(Art. 298. C. M.)

Art. 48. Se prohibe á todo socio hacer uso del fondo común y del nombre de la sociedad (1) en negocios particulares, bajo la pena de reintegro de la cantidad tomada con el cuatro tanto, de la pérdida de las ganancias á beneficio de la sociedad y de indemnización de todos los perjuicios. (Art. 260 C. M.).

Art. 49. Ningún socio industrial podrá ocuparse en negociación de especie alguna, fuera de la sociedad, sin permiso expreso de ésta. Si alguno lo hiciere sin recabarlo, podrán los capitalistas, ó aprovecharse de lo que hubiere ganado ó excluirle de la asociación, privándole de las utilidades que pueda tener en ella. (Art. 261 C. M.).

Art. 50. Los accionistas no podrán hacer investigación ni examen de la ad-

(1) Tomando en cuenta que los administradores de sociedades anónimas pueden ser personas extrañas á la sociedad, hemos cambiado la redacción del artículo, en esta parte, cuya frase es: «de los que lo sean».

(1) «De la firma comercial», según el texto original

ministración social, fuera de las épocas y forma prescritas en los estatutos. (Arts. 295 y 296 C. M. y 1º, Nº 1197, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 51. Los jueces que sean accionistas en sociedades anónimas ó que lo sean sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive ó afines hasta el segundo, no tendrán impedimento para conocer de los asuntos de aquéllas, salvo el caso de que fuesen miembros de los directorios (1) que las representan. (Arts. 5º, L. 20 de noviembre de 1895 y 2º, L. 19 de noviembre de 1898).

ART. 52. Toda diferencia entre los socios se decidirá por árbitros, háyase estipulado ó nó así en el contrato. Los árbitros se nombrarán por las partes en el término señalado en la escritura y, en su defecto, en el que designare el juzgado. (Art. 306 C. M.).

TITULO V

DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA

ART. 53. La sociedad anónima es administrada por mandatarios temporales y revocables, asociados ó no asociados, asalariados ó gratuitos, elegibles en la forma que prevengan los estatutos de la sociedad.

Las cláusulas de los estatutos que establezcan la irrevocabilidad de los administradores se tendrán por no puestas. (Arts. 248 y 258 C. M. y 1º, Nº 1193, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 54. las operaciones de los administradores producirán responsabilidad sobre la masa social, compuesta de los capitales y de las utilidades que fuesen acumulándose; pero los actos de la administración ejecutados antes de la autorización legal de la sociedad, sólo comprometerán á ésta en cuanto sean encaminados al planteamiento de la misma. (Arts. 249 C. M. y 1º, Nº 1195, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 55. Los administradores no responden sino de la ejecución de su mandato, salvo los casos siguientes:

1º Cuando se declare la nulidad de la sociedad ó de algunas de sus operaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 16;

En este caso, la ejecutoria del tribunal que declare la nulidad declarará también la responsabilidad mancomunada de los administradores, en cuanto á las operaciones atacadas de nulidad, por los perjuicios causados sea á los accionistas ó á terceros. Además, el tribunal impondrá á la administración una multa que no pase de 1.000 bolivianos (1), aplicable á los establecimientos de caridad;

Los socios que no se hubieren mezclado en la administración sólo responderán con la suma entregada por ellos á cuenta de sus acciones;

2º En el caso del artículo 35, conforme á lo preceptuado en el segundo inciso del mismo artículo;

3º Cuando tuviere lugar lo previsto en el artículo 42;

4º En los casos de emisión ó renovación de títulos de acciones sin pagar los correspondientes derechos de timbre, como se dirá en el artículo 64;

5º Con ocasión de lo establecido por el artículo 78;

---

(1) Es decir, si lo fueren los parientes dentro de de los grados indicados, pues los empleados de la lista judicial no pueden formar parte de los directorios de sociedades anónimas, según el artículo único de la ley de 13 de octubre de 1892.

(1) El artículo dice «pesos».

6º Si omitieron hacer el balance que prescribe el artículo 83, en cuyo caso lo harán los interventores á su costa, conforme al citado artículo;

7º En el caso que contempla el artículo 86;

8º Por la violación de las formalidades á que debe sujetarse la constitución en el país, de las sociedades anónimas extranjeras, en conformidad al artículo 97; y

9º Finalmente, cuando se constituyere en la República una sociedad de seguros en contravención á las prescripciones legales, según lo dispone el artículo 103. (Arts. 275 y 278 C. M.; 1º núms. 1178, 1180 y 1199, D. 8 de marzo de 1860; 6º y 9º L. 13 de noviembre de 1886; 8º D. 25 de marzo de 1887; 6º L. 27 de septiembre de 1904 y 42, D. 11 de febrero de 1905).

ART. 56. No podrán hacer parte de los directorios los gerentes de bancos, los administradores de sucursales, ni los empleados de las listas judicial, política y administrativa. (Art. único, L. 13 de octubre de 1892).

ART. 57. No podrán ser miembros de un mismo directorio los que tengan entre sí parentesco de consaguinidad hasta el cuarto grado inclusive, ó de afinidad hasta el segundo. (Arts. 4º L. 20 de noviembre de 1895 y 2º, L. 19 de noviembre de 1898).

TITULO VI

DEL FONDO DE RESERVA, DIVIDENDOS, BALANCES Y PUBLICACIÓN DE ESTOS ÚLTIMOS.

ART. 58. Habrá en las sociedades anónimas un fondo de reserva formado con la cuota de ganancias de cada año que se designare en la autorización del Gobierno.

Ni esta reserva ni el fondo social podrán retirarse en todo ó parte durante la compañía. (Art. 1º, Nº 1181, D. 8. de marzo de 1860).

ART. 59. Los dividendos se deducirán en todo caso de las ganancias líquidas, justificadas por los inventarios y balances aprobados en junta general de accionistas. (Art. 1º, Nº 1198, D. 8 de marzo de 1860).

Art. 60. La sociedad publicará anualmente (1) un balance general de su situación, autorizado por sus administradores, y la lista de accionistas. La publicación se mandará hacer en la respectiva memoria, por los directorios ó apoderados dentro de los noventa días siguientes á la terminación del año.

Dos ejemplares de aquella memoria deberán ser remitidos al Ministerio de Hacienda é Industria. (Arts. 1º, Nº 1196, D. 8 de marzo de 1860; 11, L. 13 de noviembre de 1886 y 9º, D. 25 de marzo de 1887).

---

(1) El decreto dictatorial de 8 de marzo de 1860, prescribe la publicación *semestral* de los balances; el art. 11 de la ley de 13 de noviembre de 1886 dice que «las sociedades anónimas *mineras* están obligadas á publicar *anualmente* sus balances generales», y el art. 9.º del decreto de 25 de marzo de 1887 estatuye que la «publicación de los balances generales y de la lista de accionistas (que por primera vez se nombra en las leyes del ramo), se mandará hacer *anualmente* en la respectiva memoria», y á esta publicación anual se refiere el art. 2.º del decreto de 31 de julio de 1902.

Nosotros hemos puesto «anualmente», como el único medio de armonizar las contradictorias disposiciones que dejamos anotadas: pero estimamos, sin embargo, que el decreto reglamentario de 1887 no ha podido derogar la prescripción del decreto dictatorial de 1860, por tener éste fuerza de ley.

TITULO VII

DE LAS CONTRIBUCIONES É IMPUESTOS Á QUE ESTÁN SUJETAS LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS Y DE LA MATRÍCULA DE LAS MISMAS.

ART. 61. Se usará el timbre de cuarta clase del valor de veinte centavos sobre cada cien bolivianos y sobre las fracciones que no lleguen á formar una centena, sin perjuicio del papel sellado que corresponda, en las escrituras de sociedad, en general, sobre cada cien bolivianos de capital nominal, siempre que sea distinto del capital pagado. (Arts 4º, L. 27 de diciembre de 1904 y 32 y 40, D. 11 de febrero de 1905).

ART. 62. Llevarán el timbre de quinta clase del valor de cuarenta centavos:

1º Cada acción que emitan las sociedades anónimas. No quedan exceptuadas de este impuesto las nuevas acciones que emitieren, sea para aumentar el capital ó para reemplazar las inutilizadas ó perdidas, ó para renovar las anteriores. Este impuesto se pagará por cada acción colocando el timbre en el título é inutilizándolo con la firma del Presidente del Directorio;

Para el debido cumplimiento de lo dispuesto en el anterior inciso, los Directorios de las sociedades anónimas presentarán los títulos emitidos en la oficina del Tesoro Público del domicilio legal de la compañía, con una relación de los individuos á cuyo favor se emiten, en la que el Administrador del expresado Tesoro Público dejará constancia de haberse satisfecho el impuesto. Esta relación se remitirá al Tesoro Nacional.

2º Las transferencias de acciones de toda sociedad anónima. Este impuesto se pagará colocando el timbre en el lugar del título en que se escribe la transferencia, inutilizándolo con la firma del que la hace y siendo su valor de cargo al adquiquirente. Además, el timbre se colocará con previa relación que exprese el número, nombre del propietario anterior y del nuevo adquirente. (Arts. 2º y 5º, L. 28 de octubre de 1890; 1º y 2º del Capítulo II y 1º del Capítulo VII, D. 1º de enero de 1891; 4º L. 27 de diciembre de 1904, y 29 y 37, D. 11 de febrero de 1905).

ART. 63. En los cupones de dividendos de sociedades anónimas, se usará el timbre de tercera clase del valor de diez centavos por cada cien bolivianos, y el de primera clase del valor de dos centavos por cada veinte bolivianos ó fracción de esta última cantidad. (Arts. 4º, L. 27 de diciembre de 1904 y 33. D. 11 de febrero de 1905).

ART. 64. Las sociedades que tengan en su poder, por su cuenta ó por la ajena, documentos que no lleven el timbre respectivo ó presenten solicitudes ó contratos en papel que no corresponda, además de la reposición, serán penadas con una multa equivalente al cuádruplo del valor del papel sellado y timbres omitidos. La misma responsabilidad pesará contra los directores de las sociedades, por falta de timbres en las acciones que se emitieren ó renovaren (1). (Arts. 42, D. 11 de febrero de 1905).

ART. 65 Toda sociedad anónima con giro establecido en la República pagará

(1) El artículo contiene todavía la frase: «y en las actas correspondientes». Nosotros hemos suprimido esta parte, porque ni el decreto de 11 de febrero de 1905 (del que ha sido tomado el artículo á que nos referimos), ni las demás prescripciones sobre la materia, fijan timbre alguno á las actas de las juntas generales ó las reuniones del directorio de las sociedades anónimas.

a Estado el 2°|o anual de sus utilidades líquidas (1).

Dicho impuesto es nacional (2) y será recaudado por los administradores departamentales, sin perjuicio de las patentes que las municipalidades cobren (3) conforme á sus ordenanzas. (Arts. 1°, L. 11 de noviembre de 1873; 8° y 9° D. 26 de diciembre de 1873; 3° L. 13 de noviembre de 1886; 4° L. 12 de noviembre de 1894; 4° L. 27 de septiembre de 1904, y 1° L. 21 de diciembre de 1904).

ART. 66. Las sociedades anónimas formarán su balance anual respectivo y remitirán dos copias del mismo al Ministerio de Hacienda é Industria, ó á la oficina de la Inspección Fiscal, dentro de los cuarenta días siguientes á la terminación del año; sin perjuicio de la publicación y envío que deben hacer según el inciso segundo del artículo 60. (Art. 2°, D. 31 de julio de 1902).

(1) Este impuesto no se cobra con la regularidad debida, á pesar de las numerosas disposiciones que existen al respecto.

(2) Téngase presente que, en Bolivia, los impuestos son nacionales, departamentales ó municipales.

(3) La salvedad que anotamos está contenida en la ley de 27 de septiembre de 1904 que reglamenta las compañías de seguros nacionales ó extranjeras. Sin embargo, la hemos consignado aquí porque es lo que sucede, en el hecho, á todas las sociedades anónimas.

ART. 67. Dentro del mismo término de cuarenta días, se efectuará en el Tesoro Departamental correspondiente y á orden en el Tesoro Nacional el pago del impuesto fiscal establecido por el artículo 65. (Art. 3°, D. 31 de julio de 1902).

ART. 68. Los administradores departamentales recaudarán el impuesto, deduciéndolo del monto de las utilidades líquidas.

Se entenderán por utilidad neta la cantidad destinada á dividendos en los balances (1) aprobados con sujeción a los respectivos estatutos.

Dichos funcionarios otorgarán al gerente la constancia del pago. (Arts. 15, D. 26 de diciembre de 1873; 4°, L. 12 de noviembre de 1894; 2°, D. 21 de febrero de 1895 y 4°, D. 31 de julio de 1902).

ART. 69. La falta de cumplimiento de las disposiciones contenidas en el artículo 66 será penada con la multa que fija el artículo 7°, á las sociedades que no llevaren los libros que prescribe el artículo; 6° sin perjuicio de que se proceda á la fijación de las utilidades mediante comisionados especiales, á costa de la sociedad que diere lugar á ello. (Art. 8°, D. 31 de julio de 1902).

(1) El artículo original dice «liquidaciones».

(Continuará)

DERECHO

DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES SOBRE SOCIEDADES ANÓNIMAS EN BOLIVIA

(*Conclusión*)

ART. 70. La falta de pago del impuesto en el término prescrito por el artículo 67, dará lugar al correspondiente juicio coactivo, que se iniciará en mérito del pliego de cargo y receta (1) que girase el Director del Tesoro Nacional. (Art. 10, D. 31 de julio de 1902).

ART. 71. Los Prefectos deben llevar matrículas exactas de todas las sociedades anónimas que giren en sus respectivos departamentos. (Arts. 10 y 14, D. 26 de diciembre de 1873).

ART. 72. Las matrículas contendrán: la denominación (2) de la sociedad anónima; su objeto, el capital efectivo y nominal con que gira y el nombre del gerente ó administrador responsable del pago del impuesto.

Estos datos pasarán en copia al administrador del Tesoro Departamental respectivo y al Ministerio de Industria. (Art. 3º, D. 25 de marzo de 1887).

ART. 73. Las inscripciones de las sociedades en la matrícula se harán con conocimiento de los gerentes ó representantes y serán suscritas por ellos. (Art. 12, D. 26 de diciembre de 1873).

ART. 74. Las sociedades que giran en dos ó más departamentos serán inscritas en la matrícula de su principal domicilio. Las que no hubieren señalado domicilio en sus estatutos se inscribirán en la matrícula de su domicilio presunto, con arreglo al artículo 17. (Art. 13, D. 26 de diciembre de 1873).

TITULO VIII

DE LA PRÓRROGA, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

ART. 75. Fenecido el término por el cual se hubiese constituido alguna socie-

(1) Minuta de lo adeudado que tiene mérito ejecutivo.

(2) Por ser inaplicable á las sociedades anónimas, hemos cambiado la expresión de «razón social» que contiene el original por la palabra «denominación».

dad anónima ó acabada la empresa que haya sido objeto de ella, no podrá prorrogarse sino mediante nuevo contrato, que deberá ser autorizado por el Gobierno, inscrito en el registro general de comercio y publicado en la forma prescrita por el artículo 15. (Arts. 21 y 233 C. M. y 1º núms. 1174 y 1179, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 76. Las sociedades anónimas se disuelven:

1º Cumplido el término señalado en la escritura ó acabada la empresa objeto de su erección; y

2º Por la pérdida ó disminución del fondo social al mínimum que los estatutos fijen como causa de disolución de la sociedad.

Además, toda inobservancia ó violación de los estatutos dará mérito á disolver la sociedad; teniendo lugar en este caso lo previsto en el artículo 42. (Arts. 266 y 267 C. M. y 1º núm. 1178, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 77. Toda vez que, en distinto caso de los enunciados en el número 1º del artículo anterior, hubiere de disolverse la sociedad, se celebrará este acto por escritura; y no producirá efecto en perjuicio de terceros hasta que no se haya tomado razón de ella en el Registro General de Comercio, y no haya sido autorizada por el Gobierno y publicada en la forma prescrita por el artículo 15, salvo el caso de los artículos 42 y 55, número 3º (Arts. 21, 234 y 271 C. M. y 1º núms. 1174 y 1179, D. 8 de marzo de 1860).

La disolución de la sociedad no puede perjudicar el derecho del acreedor para perseguir el pago de su crédito contra el representante legal de la entidad jurídica que contrajo la obligación por medio de su administrador general (G. J., A. 31, núm. 646 de 20 de febrero de 1894, pág. 32).

No acreditándose que la sociedad ha sido disuelta por alguno de los motivos legales y con las formalidades establecidas por ley, subsiste como persona jurídica. (G. J., A. 36, núm. 707 de 31 de marzo de 1899, pág. 2).

ART. 78. En caso de pérdida ó disminución del fondo social al mínimo que los estatutos fijen como causa de disolución de la sociedad, los administradores consignarán desde luego este hecho bajo su firma, y lo publicarán inmediatamente en la forma y bajo la pena señaladas en los artículos 15, 42 y 55, incisos tercero y sexto.

Seguidamente procederán á la liquidación de la sociedad, quedando personal y mancomunadamente responsables por las operaciones ulteriores que practicaren. (Art. 1º, núm. 1199, D. 8 de marzo de 1860).

ART. 79. Cuando por la mancomunidad de las obligaciones sociales, persiguieren los acreedores de la quiebra los bienes del deudor (1), y los particulares tuviesen contra éstos un derecho privilegiado, podrán entrar en concurso con ellos y obtener la preferencia que les corresponda. (Art. 304 C. M.).

ART. 80. Cuando en la escritura del contrato no se haya determinado el modo de practicarse la liquidación y división del haber social, se observará lo siguiente: (Art. 272 C. M.).

ART. 81. Disuelta legalmente la sociedad, los administradores no tendrán personería más que para percibir los créditos

(1) Para la mejor inteligencia de este artículo, conviene tener presente lo dispuesto en los artículos 42 y 55.

de ella, extinguir las obligaciones contraídas hasta entonces y concluir las operaciones pendientes. (Art. 273 C. M...

Siendo las funciones de los liquidadores transitorias y limitadas á los fines expresados en los estatutos, y no habiéndoseles trasmitido la representación jurídica de la sociedad, no puede estimarse modificado el artículo 273 del C. M. La liquidación de las sociedades anónimas no basta por sí sola para anular las obligaciones contraídas á nombre de éstas, hallándose sujetos los directores y administradores á las responsabilidades establecidas por los artículos 273, 274 y siguientes del C. M. (G. J., A. 31, núm. 646 de 20 de febrero de 1894, pág. 32).

ART. 82. Fuera del caso contemplado en el artículo 78 (1), quedarán también los administradores en calidad de liquidadores, si no lo contradijesen los socios; pero de exigirlo alguno de ellos, se nombrarán á pluralidad de éstos (2) dos ó más liquidadores, de dentro ó fuera de la sociedad. A este efecto se celebrará junta de todos sus individuos, para lo que se convocará á los ausentes, dándoles el tiempo necesario á fin de que pueda concurrir á ella. (Art. 274 C. M.).

ART. 83. Los administradores, queden ó nó de liquidadores, formarán en los quince días siguientes á la disolución de la sociedad, el inventario y balance del caudal común y pondrán su resultado en conocimiento de los socios. Por su omisión, podrá establecerse, á solicitud de cualquiera de éstos, una intervención sobre el manejo de los administradores, á cuya costa harán los interventores el balance. (Art. 275 C. M).

(1) Frase que no contiene el original.

(2) La ley no ha previsto el caso de empate en la votación.

ART. 84. Siendo los liquidadores diferentes de los administradores, se recibirán (1) del haber social por el inventario y balance que se hubiere formado, previa fianza que deberán otorgar en cantidad equivalente. (Art. 276 C. M.).

ART. 85. Cualesquiera que fueren los liquidadores, comunicarán á los socios (2) mensualmente un estado de la liquidación, so pena de ser destituidos si no lo hicieren. (Art. 277 C. M.).

ART. 86. No podrán los liquidadores, sin autorización especial de los asociados, hacer transacciones ni compromisos sobre los intereses sociales; y cualesquier perjuicio que experimentaren éstos por dolo ó culpa de los liquidadores, serán de su responsabilidad. (Art. 278 C. M.).

ART. 87. Hecha la liquidación y calificada en junta de socios que se reunirá á petición de cualquiera de ellos, procederán los liquidadores á la división del haber común dentro del término que la junta designare. (Art. 279 C. M.).

ART. 88. Resultando por el balance caudal suficiente de utilidades para satisfacer las obligaciones de la sociedad, podrán los accionistas (3) retirar el capital que hubiesen puesto, tan luego como se practique la liquidación. (Art. 280 C. M.).

ART. 89. Practicada la división se comunicará á los socios para que, en el término de quince días, exponga cada uno si se conforma ó nó con ella. Toda reclamación en el particular se decidirá por árbitros que nombrarán las partes

(1) «Entregarán», según el artículo.

(2) «A cada socio», prescribe el texto original; pero á la vista está que esto puede ser, no sólo dificilísimo, sino hasta imposible, tratándose por ejemplo de una sociedad cuyas acciones son al portador

(3) «Comanditarios», según el artículo.

dentro de los ocho días siguientes. (Art. 281 C. M.).

ART. 90. En las liquidaciones y divisiones en que tuvieren interés los menores, además de sus tutores ó curadores, se oirá al Ministerio Público (1). (Art. 282 C. M.).

ART. 91. A ningún socio podrá entregarse el haber que le corresponda en la división, mientras no queden extinguidos los créditos de la masa, ó que á lo ménos se haya depositado su importe. (Art. 283 C. M.).

ART. 92. Los socios que hubieren hecho préstamos al fondo común, serán reintegrados de ellos antes que se verifique la distribución del haber líquido divisible. (Art. 284 C. M.).

ART. 93. Llegado el caso (2), todo socio tendrá el derecho de promover la liquidación y división del haber común, y de exigir de los liquidadores cuantas noticias le convengan sobre el estado de tales operaciones. (Art. 286 C. M.).

ART. 94. Los liquidadores conservarán, bajo su responsabilidad, los libros y papeles de la sociedad, hasta que se haya verificado el pago de todos los que tuviesen derecho en su haber.—(Art. 287 C. M.).

(1) El artículo dice: «al Agente Fiscal», el cual es sólo uno de los funcionarios que componen el Ministerio Público. No existe en Bolivia el Ministerio de los Defensores Públicos como institución independiente del Ministerio Público.

(2) Frase que no contiene el original, y sin la cual el artículo queda en contradicción con las demás disposiciones que se refieren á la disolución y liquidación de las sociedades anónimas.

TITULO IX

DISPOSICIONES ESPECIALES RELATIVAS Á LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO.

ART. 95. Toda sociedad anónima con domicilio principal en el extranjero, para establecer giro en la República, está obligada:

1.° A constituir representación legal en el país, bien sea por medio de un Directorio ó de un apoderado con poder bastante para representarla y responsables de los actos y obligaciones de la compañía ante el Gobierno y ante terceras personas.

2.° A solicitar del Ministerio de Industria su constitución legal en la forma prescrita por los artículos 19 y 20, acompañando al efecto los documentos que prescribe el primero de dichos artículos, debidamente legalizados por los agentes diplomáticos y consulares de la República y, á falta de éstos, por los de una nación amiga (1).

(Arts. 4.° y 8.° Ley 13 de noviembre

(1) El artículo 8.° de la ley de 13 de noviembre de 1886 dispone que: «Toda sociedad anónima extranjera, con ó sin personería jurídica, está en la obligación de depositar en una de las notarías de la capital del departamento respectivo, copia legalizada de sus escrituras constitutivas y estatutos, *anualmente*, de la lista de accionistas, con indicación de las cuotas pagadas sobre sus acciones. *Antes de hacer constar el cumplimiento de esta formalidad, con un certificado del Notario, no podrá comenzar con sus operaciones.*»

A su vez, el decreto de 25 de marzo de 1887, reglamentario de la ley anterior, dispone lo siguiente: «Artículo 5.° (19 y 95, núm. 2.° de esta recopilación). – Toda sociedad que gire dentro del territorio de la República, sea que su Directorio esté en el país ó en el extranjero, solicitará del Ministerio de Industria su constitución legal presentando para el efecto los documentos siguientes:

Copia legalizada de su escritura social, copia de

de 1886 y 2.° y 5.° D. 25 de marzo de 1887).

ART. 96. Las agencias sucursales de las sociedades anónimas extranjeras, establecidas ó que se establecieren en el territorio de la República sin las formalidades precedentes, no gozarán del derecho de personalidad (1) jurídica. (Art. 5.º L. 13 de noviembre de 1886).

ART. 97. En este caso, los actos y contratos de esas sociedades se reputarán como personales de los mismos agentes ó ejecutados bajo la garantía de su responsabilidad solidaria. Esta responsabilidad no obsta á la que puede también hacerse valer contra la sociedad, hasta la concurrencia del monto de la obligación. (Art. 6.° L. 13 de noviembre de 1886).

G. J., A. 38, número 730 de 30 de abril de 1901, pág. 19.

TITULO X

DISPOSICIONES ESPECIALES Á QUE ESTÁN SUJETAS LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS

ART. 98. Toda compañía nacional de seguros, ya sea sobre la vida, contra incendios ú otros riesgos, que se constituya, y toda sucursal, agencia ú oficina

---

sus estatutos, copia autorizada del acta de instalación, la que contendrá la designación del personal del Directorio, y certificado de las cuotas pagadas sobre las acciones.

Si la sociedad está organizada en el extranjero, los enunciados documentos se presentarán debidamente legalizados por los agentes diplomáticos y consulares de la República, y á falta de éstos, por los de una nación amiga.»

Y agrega el siguiente artículo (20 de esta recopilación): «El Gobierno, en vista de estos documentos y prévio el dictamen del Ministerio Público, declarará á la sociedad legalmente constituida, procediendo en seguida á la inscripción de aquella en la matrícula correspondiente y depositándose estos documentos en la Notaría de Hacienda del Departamento respectivo.»

Tratando de armonizar estas disposiciones, resulta evidente, á nuestro juicio, que, en la mente del legislador, el decreto de 1887 vino sólo á repetir lo estatuido en el artículo 8.° de la ley de 1886, especificando la forma de darle cumplimiento. Pero el decreto se olvidó de consignar la lista de accionistas, con determinación de la cuota pagada sobre las acciones, entre los documentos que debían presentarse al Ministerio de Industria para la autorización legal de la sociedad. Con lo cual resulta que tal lista no es necesario presentarla al Ministerio, pero sí debe depositarse en la notaría de Hacienda del departamento respectivo; ya que, en estricto derecho, el reglamento de 1887 no puede modificar ni derogar la ley de 1886.

Mas, la dificultad sube de punto si tratamos de explicarnos el sentido del citado artículo 8.° de la ley de 1886. En efecto, ¿á que se refiere el adverbio *anualmente* puesto entre comas? No es de concebir que tenga relación con la escritura constitutiva ó con los estatutos, porque, si ni una ni otros sufren modificación durante el año, no se divisa razón para protocolizarlos nuevamente; y si son modificados en ese tiempo, deben ser presentados á la autorización del Gobierno, quedando así sometidos á un trámite especial.

Tenemos, pues, que el adverbio *anualmente* sólo puede, en buena lógica, referirse á la lista de accionistas y á la indicación de las cuotas pagadas por ellos sobre sus acciones. Y nos encontramos entonces con que la disposición de este modo concordada se contradice con el final del artículo, porque no se concilia tal precepto con la sanción de no poder *comenzar* sus operaciones la sociedad antes de hacer constar el cumplimiento de la formalidad precitada.

En resumen, cualquiera que sea la interpretación que se dé al artículo y el papel que se atribuya al adverbio *anualmente*, es imposible que un hecho que debe efectuarse año á año pueda impedir que una sociedad *dé comienzo* á sus operaciones.

En la práctica, las sociedades creen ajustarse á la ley dando cumplimiento á lo que dispone el decreto de 1887, sin tomar en cuenta lo preceptuado en el artículo 8.° de la ley de 1886.

(1) Hemos sustituido la palabra *personería* que emplea el original por la de *personalidad*, por ser la que se refiere á *persona*, ya que *personería* sólo tiene relación con personero. La sociedad es *persona* y tiene por tanto *personalidad jurídica;* sus administradores son sus *personeros* y tienen, en consecuencia, *personería* para representarla.

de compañía extranjera que se establezca, no podrá funcionar legítimamente sin probar que está legalmente constituída con un capital no menor de cien mil bolivianos, y que se obliga á invertir en el país el cuarenta por ciento de todas las primas que cobre ó perciba sobre las pólizas vigentes dentro del territorio nacional. (Art. 1.º L. 27 de septiembre de 1904).

ART. 99. Esta inversión podrá hacerse á juicio de la compañía, sucursal ó agencia, en bienes inmuebles, en títulos ó acciones de crédito público ó de instituciones privadas, así como podrá también conservarse el todo ó parte del cuarenta por ciento en efectivo, siendo esta cantidad, en uno y otro caso, inmediatamente aplicable al cumplimiento de sus compromisos y obligaciones.

Los valores que constituyan ó formen parte de este cuarenta por ciento en efectivo, serán puestos en depósito en uno de los bancos legalmente constituídos en el país. (Art. 2.º L. de 27 de septiembre de 1904).

ART. 100. El Gobierno designará al funcionario respectivo que fiscalice á las compañías de seguros, en orden á la exactitud de la inversión del cuarenta por ciento de las primas. El comprobante de esta inversión, será el balance debidamente autorizado de las operaciones efectuadas en el país, en que conste la efectividad de aquella. (Art. 3.º L. 27 de septiembre de 1904).

ART. 101. El certificado del Tesoro en que se acredite el pago del impuesto establecido por el artículo 65, facultará á las expresadas compañías de seguros, á sus agencias ó sucursales para continuar (1) sus negocios en el territorio de la República. (Art. 4º L. 27 de septiembre de 1904).

ART. 102. Las compañías extranjeras de seguros que funcionen ó hayan de funcionar en el territorio de la República, están obligadas, además de las prescripciones que rigen para las otras sociedades anónimas extranjeras, á consignar, en las pólizas ó contratos efectuados en Bolivia, una cláusula por la cual se obliguen á someter única y exclusivamente al fallo de los tribunales bolivianos, toda cuestión que con dichos contratos se relacione. (Art. 5º, L. 27 de septiembre de 1904).

ART. 103. Los contratos de seguros efectuados en lo sucesivo en la República de Bolivia por compañías extranjeras que no hayan dado cumplimiento á las anteriores prescripciones, no se considerarán con valor legal y los que las representen incurrirán á la multa de un mil bolivianos. Esta multa será dividida por partes iguales entre el Fisco y la persona que denuncie el contrato clandestino. (Art. 6º L. 27 de septiembre de 1904.)

ARTURO FERNÁNDEZ P.
Abogado
Adicto de la Legación de Chile en Bolivia.

La Paz, 20 de junio de 1907.

---

(1).—El artículo dice: «para implantar y continuar...» —Siendo el impuesto *sobre las utilidades líquidas*, mal podría cobrarse á una sociedad que aún no está implantada y que no tiene, por tanto, utilidades de ningún género.

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN OBRERA

por M. Jules Cabouat
(Profesor en la Facultad de Derecho en la Universidad de Caen)

I. Descanso semanal.—Ley de 13 de julio de 1906.—II. Contrato de trabajo.—Proyecto presentado por el Gobierno el 2 de julio de 1906.

I

El establecimiento del descanso semanal ha encontrado las resistencias que levanta la acción legislativa, cuando tiende á reglamentar las condiciones del trabajo (1).

¿No es usurpar los derechos del individuo, suspender periódicamente el curso de su actividad? Y por otra parte ¿era justificada la intervención del legislador cuando las costumbres, cada vez mejor observadas y concordantes, estaban en vísperas de introducir este principio, sin sacudidas, en nuestras costumbres industriales y comerciales? En estas condiciones ¿no era más seguro resistirse á las libres iniciativas de los interesados más bien que imponerles la fórmula necesariamente rígida de una prescripción legal?

Ninguna de estas objeciones debía prevalecer, sin embargo, sobre el deseo general de los trabajadores, al que declaraban asociarse la mayor parte de los jefes de empresa, bajo la doble reserva de que la reglamentación legal del descanso fuera igual para todos, no falseara desde ningún punto de vista las condiciones de la concurrencia, y presentara por último bastante elasticidad para adaptarse á las necesidades particulares á cier-

(1) La ley de 13 de julio de 1906 ha sido el resultado: 1.° De las deliberaciones del Consejo superior del trabajo (sesión de noviembre de 1904) sobre un proyecto elaborado por la comisión permanente, según un informe de M. Bloudelu. 2.° De una proposición de M. Zevaes, adoptada después de una corta discusión por la Cámara de Diputados el 27 de marzo de 1902.—Pasado al Senado, el proyecto adoptado por la Cámara fué objeto de un primer informe presentado por M. Poirrier, el 24 do febrero de 1905. Después de una primera deliberación (25 y 26 de mayo de 1906), fué devuelto á comisión para examinar un contra-proyecto que fijaba el domingo como día de descanso, en conformidad á los deseos del Consejo superior del trabajo. Objeto de un informe suplementario presentado por M. Prevet el 20 de marzo de 1906, este nuevo proyecto fué sometido á dos deliberaciones sucesivas (abril, junio, julio de 1906), y adoptado después de una declaración do urgencia hecha por la Cámara de Diputados el 10 de julio de 1906.

tas categorías de establecimientos como á las conveniencias del público (1).

Se reconoce hoy unánimemente que el descanso semanal es de estricta necesidad biológica y moral, que es la condición del equilibrio de las fuerzas físicas del trabajador, de su desarrollo intelectual como de las relaciones de familia y sociales sin las cuales el hombre no puede verdaderamente tener conciencia de su personalidad.

¿Debería esperarse de un progreso lejano la realización de los deseos renovados con una insistencia particular? El peligro de esta inercia legislativa habría sido mantener, tal vez indefinidamente, para ciertas profesiones, una situación que habrían sido incapaces de hacerla cesar las convenciones individuales.

Colocados en la alternativa de entregarse á un trabajo no interrumpido ó de perder su empleo, muchos obreros se veían obligados, en el hecho, por la necesidad de vivir, á aceptar las condiciones del patrón. Además, la voluntad de uno solo de mantener de una manera absoluta en su establecimiento la continuidad del trabajo, habría bastado para hacer fracasar la aceptación dada por la mayoría de los patrones de una ciudad ó de una región á las reclamaciones obreras. Necesariamente, pues, debía hacerse sentir la acción legislativa, para dar una base legal al derecho de los trabajadores cuidando de mantener entre los establecimientos sujetos á este régimen una igualdad que reclamaban imperiosamente las condiciones de la concurrencia comercial é industrial (2).

Pero si poderosas razones exigían que el descanso semanal rigiera—como lo decide el artículo 1° de la ley de 13 de julio de 1906,—la universalidad de las manifestaciones de la vida económica (1), por lo menos, ciertas consideraciones intervenían también para determinar de una manera muy precisa el carácter y los límites de esta innovación legislativa. Por de pronto, el descanso semanal, en sí, no podía ser una negación de la libertad del trabajo; en su aplicación y reglamentación legal, debía también conciliarse con ciertas necesidades superiores,—intereses generales del público ó condiciones de funcionamiento normal de la industria ó del comercio—para las cuales era difícil hacer una excepción legítima.

A pesar de las críticas que ha levantado por todas partes, puede afirmarse en voz muy alta que la ley de 13 de julio de 1906 se ha inspirado muy amplia y lealmente en estas ideas generales.

Y ante todo, respetuosa del principio de la libertad del trabajo, esta ley más bien que imponer una obligación absoluta de descanso, que hubiera sido, en efecto, una intolerable violación de la autonomía de la persona humana, arma al trabajador del derecho de obtener este descanso si lo cree necesario á la reparación de sus fuerzas (2). Lejos de ordenar

(1) Conf. Informe Poirrier, p. 7 y sgt.

(2) Para salvaguardiar esta igualdad indispensable entre establecimientos concurrentes, la autorización acordada á cualquiera de ellos para aprovecharse de una de las derogaciones admitidas por el artículos 2 § 2, se extiende virtualmente á los establecimientos de la misma ciudad y de la misma clase que tengan la misma clientela. (Artículo 8 § 4)

(1) Los términos de la ley de 13 de julio de 1906 son muy comprensivos. Todo establecimiento comercial ó industrial ó sus dependencias, de cualquiera naturaleza que sea, público ó privado, laico ó religioso, aun cuando tenga el carácter de enseñanza profesional ó de beneficencia, está sujeto, según el artículo 1.°, al descanso semanal.

(2) En vez de imponer á nadie la obligación del

una suspensión absoluta de la actividad comercial é industrial, como lo había hecho—bajo el imperio de las preocupaciones puramente confesionales—la ley de 18 de noviembre de 1814—el legislador moderno deja, al contrario, á los obreros, lo mismo que á los patrones una entera libertad de emplear, aún en trabajos industriales y comerciales, el tiempo de descanso que se les concede (1).

Sólo desde un punto de vista se asemeja la ley de 1906 á la de 1814, en cuanto fija el domingo como día del descanso legal, pero por motivos muy diferentes que importa esclarecer. A diferencia de la Retauración, cuyo pensamiento dominante era imponer á todos,—por una violación flagrante de la libertad de conciencia—la santificación del domingo, el Parlamento republicano no ha tenido otro objeto que asegurar, con la designación de un día determinado, el mismo para todos, la simultaneidad del descanso de los trabajadores. Por lo demás, habiendo entrado en las costumbres el descanso dominical y habiendo fijado ya la ley de 18 germinal, año X (art. 57) el domingo como el día de descanso de los funcionarios públicos, el legislador ha pensado, no sin haber vacilado largo tiempo, que debía extenderse este régimen al comercio y á la industria, sin que hubiera en esta medida nada de inconciliable con el espíritu de la ley de 12 de julio de 1880 que deroga la ley de 18 de noviembre de 1814 (1).

---

descanso, el artículo 1.º establece simplememte que «se prohibe ocupar más de seis días por semana á un mismo empleado ú obrero.....» Esta prohibición bastaba para apartar toda convención contraria y reservar á los trabajadores un derecho que no siempre se hallaban en estado de hacer valer.

(1) Este carácter de la ley de 13 de julio de 1906 ha sido indicado de una manera muy precisa por M. Poirrier, "Los adversarios de toda ley sobre el descanso semanal sientan en principio, escribe, que cada cual es libre de tomar descanso cuando lo quiere y lo puede. Nadie lo niega. No podría haber cuestión, en efecto, en cuanto á imponer como obligatorio el descanso á cualquiera persona; á impedir á los que tienen la libre disposición de su tiempo emplearlo como les parezca: á impedir al pequeño patrón, como al jefe de un gran establecimiento, al artesano, al pequeño comerciante que trabaja solo, sin obrero ni empleado, ejercer su comercio ó su industria todos los días de la semana (*loc cit.* p. 12 y 13).»

Así es como el obrero ó empleado puede ocupar su domingo en trabajar como *extra* para los comerciantes é industriales admitidos al beneficio del turno (art. 2 § 2, *c* y *d*). Lo mismo, el patrón está autorizado para abrir su establecimiento, y si se le prohibe hacer trabajar á ningún empleado ú obrero asalariado, por lo menos se le permite utilizar la colaboración de ciertos miembros de su familia. Después de haber declarado formalmente que hay lugar «á exigir la aplicación de la ley á los miembros de la familia del patrón cuando son verdaderos empleados ú obreros, ó reemplazan efectivamente á los empleados ú obreros del establecimiento durante su descanso», (Circular de 6 de noviembre de 1906, *Bulletin de l'Office du travail* 1906, 1261), el señor Ministro del trabajo volvió sobre esta interpretación rigurosa en una nueva circular de 30 de noviembre de 1906, según la cual, los miembros de la familia (que no sean la mujer, los hijos, los socios), si son empleados ú obreros, tienen derecho al descanso semanal. Eximiendo á la mujer, á los hijos y á los parientes asociados de la aplicación de la ley, se ha querido permitir al patrón buscar entre ellos la colaboración que le es necesaria; manteniendo los demás miembros de la familia no asociados, bajo el régimen del derecho común, se ha querido evitar que ciertos jefes de establecimientos puedan «aumentar bajo una forma ilegítima la actividad de su establecimiento el domingo, en detrimento de los comerciantes leales que aceptan la ley». *Bull de l'Ofc. du Trav. loc. cit*, 1263.

(1) La adopción del domingo como día de descanso había sido propuesta por el Consejo superior del trabajo (voto emitido en 1904); abandonada primero por la Comisión del Senado, se renovó esta proposición, después de haberla enviado á comisión, y por último se adoptó.—El legislador moderno no se había mostrado hasta ahora muy favorable á esta solución. (Conf. especialmente el art. 5 de la ley de 2 de noviembre de 1902, que se limita á

Para alcanzar plenamente su objeto, que es no sólo economizar las fuerzas del trabajador, sino también estrechar los lazos de la familia obrera proporcionándole frecuentes ocasiones de reunirse, el descanso semanal debía ser colectivo. Un descanso individual, concedido por turno á los obreros ó empleados de un mismo establecimiento, hubiera estado lejos de ofrecer las mismas ventajas, además de que la aplicación de este sistema habría presentado inextricables dificultades de control, y comprometido la eficacia misma de la ley y su función moralizadora. Hay que aprobar por eso al legislador de 1906 el que haya hecho del descanso individual una derogación al principio del artículo 2, § 1, estrechamente limitado en su aplicación práctica.

Dada esta regla general, el legislador debía preocuparse de reglar su funcionamiento según las exigencias de la vida social y económica. A este objeto responden dos disposiciones particulares, cuya aplicación ha promovido ardientes polémicas y provocado una viva agitación que está lejos de haber tocado á su fin.

Según los términos de estas disposiciones (art. 2, § 2 y 3), los establecimientos designados en el artículo 1° se reparten en dos categorías muy distintas: la primera, admitida de pleno derecho á dar el descanso semanal por turno; la segunda, autorizada para aprovecharse de ciertas derogaciones determinadas por la ley, en las condiciones fijadas por los artículos 8 y 9.

Sin insistir sobre el artículo 3, cuya extensión de aplicación no será conocida, en toda su amplitud y con toda la precisión deseable, sino cuando se publiquen los reglamentos de administración pública que enumeren las industrias comprendidas en los números 10 y 11 de esta disposición, nos limitaremos á prestar nuestra atencion á las condiciones para obtener las derogaciones prescritas por el artícnlo 2, § 2.

Después de ciertas vacilaciones sobre la designación de la autoridad encargada de conceder el beneficio de estas derogaciones, le ley de 13 de julio de 1906 inviste con esta atribución á la autoridad prefectoral, obligándola á dictar resolución motivada, previo informe del Consejo municipal, de la Cámara de Comercio de la región, y de los sindicatos de patrones y obreros de la comuna interesada (art. 8, § 2 y 3).

Sobre esta disposición han caído las críticas más violentas á que haya dado lugar la aplicación de la ley de 13 de julio de 1906.

Extrema diversidad é incoherencia de las decisiones administrativas, debidas, es justo observarlo, á las apreciaciones muy variables de las municipalidades. Controversias relativas á las condiciones de admisibilidad y efectos de los recursos ante el Consejo de Estado contra las resoluciones prefectorales que rechazaban las solicitudes de derogación presentadas en virtud de la aplicación del artículo 2°, estos dos puntos,

---

conceder un día de descanso de cada siete á las personas protegidas, mientras que la disposición correspondiente de la ley de 19 de marzo de 1874 prohibía á los patrones hacer trabajar á los niños el domingo). No es inútil recordar que los representantes de Francia en la Conferencia reunida en Berlín en 1890, para la reglamentación internacional del trabajo, al mismo tiempo que se mostraron favorables al principio del descanso semanal, declararon abstenerse sobre la parte del voto relativa á que «se fije el domingo como día de descanso para todos los obreros de la industria».

uno de hecho y el otro de derecho, cuya solución comprometía igualmente numerosos intereses, han suscitado las más vivas discusiones.

Respecto á calidad que se exige á los sindicatos para atacar ante el Consejo de Estado una resolución prefectoral que acuerde ó niegue alguna de las derogaciones comprendidas en la enumeración del artículo 2 § 2, el Consejo de Estado ha establecido implícitamente una distinción importante entre sindicatos de obreros y de patrones.

Con motivo de un recurso interpuesto por los patrones peluqueros de Limoges contra una resolución del prefecto de Haute-Vienne que rechaza una solicitud de derogación presentada por uno de sus miembros, el Consejo de Estado ha declarado inaceptable este recurso, fundándose en que un sindicato no tiene facultades para proceder judicialmente en defensa de los intereses particulares de uno de sus adherentes, sino cuando está habilitado para ello por un mandato especial (1).

En cuanto á los sindicatos obreros, todo recurso interpuesto por ellos contra una resolución que concede á uno ó muchos establecimientos alguna de las derogaciones previstas por el artículo 2 § 2, debe considerarse *de plano* como justificado por la defensa de un interés profesional, y como tal plenamente conforme á las condiciones implícitamente requeridas por el artículo 6 § 1 de la ley de 21 de marzo de 1884 para la admisibilidad de la acción sindical.

M. Romieu justificaba así esta diferencia en sus conclusiones sobre la resolución del Consejo de Estado de 28 de diciembre de 1906: "Estos recursos cuando se entablan por un sindicato obrero, ¿tendrán el carácter de una acción sindical ó de una acción individual? Nos parece que en este caso la situación jurídica es muy diferente de la que corresponde al caso en que el recurso se interponga por el comerciante que solicita la derogación: los obreros no tienen que presentar ninguna solicitud individual, no tienen que obtener ningún título nominativo; el sindicato recurre contra un acto positivo del prefecto que en razón de la misma generalización de que puede ser objeto, puede lesionar los intereses colectivos de la prefectura: él no reclama en nombre de tal ó cual persona que, llegado el caso, debería presentarse ante el prefecto; reclama en nombre del conjunto de los obreros que se prevalen del principio dictado en su favor por la ley y piden, no que se le otorgue un título individual, sino la anulación de un título individual que daña los derechos de la corporación. Este parece ser el caso de la acción sindical: la solución podría, pues, y debería, en nuestro concepto, ser muy diversa en la hipótesis que nos ocupa, y es por esto por lo que la hemos reservado" (1).

Con motivo del control que el artículo 9 § 1 le autoriza ejercer—como juez de apelación—sobre las resoluciones prefectorales relativas á la aplicación del artículo 2 § 2, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha fijado muy claramen-

(1) Podría objetarse, sin embargo, que la acción del sindicato se justificaba por el interés general de la profesión, en el sentido de que el beneficio de la derogación cuyo reconocimiento solicitaba en favor de uno de sus adherentes, debía extenderse, según los términos del artículo 8 § 4, á los establecimientos semejantes.

(1) Conclusión sobre el fallo antes citado, *loc. cit.*

te en el sentido de que, desde el punto de vista de la forma, estas resoluciones sólo son válidas en cuanto sean motivadas en conformidad al artículo 8 § 3, y que en el fondo sólo valen en cuanto se apoyen en motivos de hecho y de derecho suficientes para justificar su solución, ya sea que acuerden ó nieguen una de las derogaciones enumeradas por la ley. No hay en efecto ninguna de estas derogaciones que no constituya la concesión de un derecho, desde que se encuentran reunidas las condiciones enunciadas por el artículo 2. Sería, pues, desconocer el espíritu de esta disposición reconocer á los prefectos un poder discrecional.

Por eso nos parece que el Consejo de Estado se ha formado un concepto muy justo de su poder de control decidiendo que le corresponde "verificar en el fondo si se cumplen las condiciones de los artículos 2 y 8, si las condiciones de hecho son tales que exista el derecho á derogación" (1).

Queda, por último, que determinar—punto de importancia capital para los comerciantes é industriales cuyas solicitudes de derogación habían sido rechazadas—el alcance práctico—del efecto suspensivo atribuído á los recursos interpuestos ante el Consejo de Estado, enl os términos del artículo 9.

Si se admite que la existencia de un recurso autoriza provisoriamente al solicitante para sustituir el régimen derogatorio, que, en el hecho le ha sido negado, al descanso colectivo del domingo, se expone al peligro muy grave de dejar á los industriales y comerciantes un medio muy sencillo de eludir casi indefinitivamente la aplicación de la ley 13 de julio de 1906.

Para alcanzar plenamente este fin, bastaría, en efecto, solicitar sucesivamente las diversas derogaciones enumeradas por el artículo 2 § 2 y recurrir ante el Consejo de Estado contra cada resolución prefectoral que les niegue el beneficio. Automáticamente, y por el solo efecto del carácter suspensivo de este recurso, el solicitante tendrá el beneficio de un régimen excepcional, mientras no se hubieren dictado otras tantas resoluciones rechazando estas múltiples demandas.

Más seguro nos parece ser la solución formulada desde el principio de la aplicación de la ley de 13 de julio de 1906 por el señor Ministro del trabajo (1), confirmada después por la Corte de Casación. Según esta segunda interpretación del artículo 9, § 9, así formulada por M. Viviani: "El recurso es suspensivo de la resolución prefectoral, es decir que yo, comerciante, que solicito una derogación, si el prefecto me la niega, suspendo su resolución por un recurso y espero que delibere el Consejo de Estado, dando ó negando razón al prefecto, pero entretanto me conformo á la ley" (2). En otros términos, el efecto suspensivo del recurso interpuesto contra una resolución prefectoral no tendría otro resultado que discutir su valor legal y retardar el momento en que sea plenamente obligatorio y adquiera, en cierta manera, autoridad de cosa juzgada. Pero en manera alguna resultaría que se suspendía la aplicación de la ley misma

(1) Consejo de Estado, 30 de noviembre de 1906, *Gaz. Pal.*, 7 diciembre 1906.

(1) Circular de 3 de septiembre de 1906. *B. Off. Trad.* 1906. 952.

(2) Cámara de Diputados, sesión de 23 de marzo de 1907. *J. Off.*, p. 801 y 802.

por otra parte, sería ir más allá del nsamiento del legislador, conceder al ıe solicita una derogación la facultad : gozar provisoriamente del régimen : favor que se le ha negado, cuando artículo 2 *in fine* subordina expresaıente la aplicación práctica de cualuiera de sus combinaciones, á la conición de que las autorizaciones necearias hayan sido "solicitadas y obteidas en conformidad á las prescripcioes de los artículos 8 y 9 de la presente :y" (1).

No disimularemos las críticas á que la lugar esta interpretación jurídica de a ley de 13 de julio de 1906. Y ante todo nanifiestamente priva de toda ventaja ɔráctica al efecto suspensivo que el artículo 9 § 2 atribuye en términos formales al recurso de que es susceptible toda resolución que rechace una solicitud de derogación. Por otra parte, el resultado directo de esta interpretación es autorizar mientras esté pendiente la instancia ante el Consejo de Estado, los procedimientos en contra del industrial ó comerciante que, obligado tal vez por una necesidad imperiosa, pone en práctica provisoriamente el régimen particular cuya concesión ha reclamado. Finalmente este sistema expone á una ó muchas condenaciones por contravención á las disposiciones legales á solicitantes cuyo derecho, después de haber sido negado por una resolución prefectoral, puede después ser reconocido plenamente por el Consejo de Estado (2).

La aplicación del descanso semanal, lo mismo que toda ley que importe una limitación legal de la duración del trabajo, debe ejercer una cierta repercusión sobre los salarios.

No hay duda de que en lo porvenir las partes contratantes son dueñas de fijar soberanamente la remuneración del trabajo, ya que no fija ningún mínimum de salario la ley de 13 de julio de 1906, como tampoco las de 2 de noviembre de 1892 y de 30 de marzo de 1900. En el hecho, la influencia del descanso semanal sobre el monto de los salarios escapa á toda previsión: ella debe ser infinitamente variable, según la profesión, y hacerse sentir de una manera muy diferente, según la relación de las fuerzas de patrones y de obreros.

En cuanto á los contratos anteriores á la promulgación de la ley, la cuestión de saber si el descanso semanal debe acarrear una reducción proporcional del salario previamente fijado se presta á un examen jurídico, debiendo variar su solución según la unidad de tiempo adoptada para la determinación del salario.

No reputándose adquirido el salario por hora ó por día sino en proporción del tiempo del trabajo efectivamente ejecutado durante un día civil, no hay duda de que el día de descanso no podría dar lugar á una remuneración, sin imponer al patrón una obligación sin causa.

¿Sucede lo mismo cuando el salario se fija por un cierto período de tiempo más extenso, semana, mes ó año? Nos in-

(1) La Corte de Casación se ha pronunciado en este sentido. Cas. Crim., 18 enero 1907, *Gaz. Trib.*, 22 enero 1907.—*Contra*, Trib. de Pol. de Bergerac, 19 noviembre 1906, *Gaz. Trib*, 21 noviembre 1906 y de Rouen 11 y 29 diciembre 1906, *Ibid*, 12 y 30 diciembre 1906.

(2) Apoyándose en las divergencias de interpretación á que da lugar el artículo 9, § 3, M Beauregard ha solicitado la suspensión de la ejecución de las condenaciones pronunciadas (*Ch. de dép.* 28 de marzo de 1897, p. 877). Una declaración en este sentido, seguida de una circular de 30 de marzo de M. Guyot—Dessaigne, Ministro de Justicia, ha acogido esta reclamación.

clinamos á creer con la Corte de Casación, que las partes quedan ligadas por los términos de la convención, debiendo subsistir el monto del salario sin ninguna modificación, mientras no haya resuelto esta convención. Pero estimamos también que la intercalación en el período considerado por los contratantes, de días de descanso no previstos, constituye un hecho nuevo que autoriza al patrón para demandar la resolución del contrato, por cuanto acarrea una reducción notable de la cantidad de trabajo en consideración á la cual se fijó el salario (1).

Después de esta exposición somera de la ley de 13 de julio de 1906 y de las principales dificultades á que da lugar su aplicación, debemos agregar que esta ley acaba de ser materia de un gran debate en la Cámara de Diputados. De esta discusión, en que se han dirigido las críticas más vivas contra ciertas disposiciones de la ley de 13 de julio de 1906 y su cumplimiento por la autoridad administrativa, se deduce la voluntad muy firme del Parlamento de mantener intactos los principios esenciales de la ley del descanso semanal. Pero al mismo tiempo que afirmaba esta voluntad, la Cámara terminaba este debate por una orden del día en que reclamaba una aplicación ampliamente liberal de la ley, y el estudio de las modificaciones exigidas por la experiencia (2).

(1) Conf. Cas., 7 enero 1907, *Gaz. Trib.*—Esta sentencia declara mantener hasta la resolución, cuyas condiciones de ejercicio no tenía por otra parte que precisar, las condiciones fijadas por la convención. Pero al declarar que las prestaciones necesarias de los días de trabajo efectivo dejan de deberse los días de descanso, la Corte de Casación da una solución idéntica á la que hemos propuesto para el caso en que el salario se fije por hora ó por día.

(2) Cámara de Diputados, sesiones del 1.°, 8 y 23 de marzo de 1907.

El proyecto II del Gobierno sobre el contrato de trabajo tiende á colmar una laguna muchas veces señalada de nuestra legislación industrial (1). Preparado por los notables trabajos de la Sociedad de estudios legislativos (2), y por las deliberaciones del Consejo superior del trabajo (3); modelado sobre las legislaciones extranjeras más recientes (4), este proyecto ofrece al Parlamento una base de discusión de las más sólidas al mismo tiempo que contiene un principio de orden más que nunca necesario para el mantenimiento de la paz social.

Entregado por entero, como ha sucedido hasta hoy, al libre juego de las voluntades individuales, el reglamento convencional de las relaciones entre patrones y empleados es manifiestamente impotente para realizar las condiciones esenciales de precisión jurídica y de igualdad verdadera que el legislador debe asegurar á los contratantes.

La experiencia demuestra, en efecto, que un gran número de conflictos individuales ó colectivos no tiene otra causa que la incertidumbre y la oscuridad de las condiciones del trabajo, tanto más peligrosas, cuanto que ni el juez ni las partes pueden disiparlas refiriéndose, como en la mayor parte de los contratos, á un conjunto de disposiciones interpretativas.

Por otra parte, el régimen de la gran

(1) Este proyecto se presentó el 2 de julio de 1906. C. de Dip., Ses. ord. 1906. An. núm. 158.

(2) Ver Bol. de esta Sociedad, años 1906 y 1907.

(3) Cons. sup. del Trabajo, XIV sesión, junio y noviembre 1905.—Ad. sobre el plazo de desahucio: 1.ª investigación y documentos 1903; 2.° Informe de M. Manoury 1904.

(4(Conf. especialmente leyes belga de 15 junio de 1896, sobre los reglamentos de taller, y de 10 de marzo de 1900, sobre el contrato de trabajo.

industria crea entre patrones y obreros una desigualdad económica que sólo puede compensar una reglamentación legal que asegure al conjunto de los trabajadores una independencia efectiva sin la cual no hay convenciones verdaderamente libres.

Este proyecto, muy estudiado y muy completo, y del cual sólo podemos hacer aquí un breve resumen, tiende pues, á hacer de la igualdad de las partes contratantes una realidad práctica.

En el proyecto sometido á la Cámara de Diputados, no hay en efecto ningún elemento del contrato de trabajo—formación, efectos, resolución—que no reciba una resolución jurídica. No se trata, pues únicamente como en 1890, de un reglamento legal limitado á un punto particular, sino, lo que es diferente, de una organización general de las relaciones entre patrones y empleados.

La preocupación de asegurar la plena y entera libertad del consentimiento en materia de contrato de trabajo, se ha traducido, después de las más vivas discusiones, en la disposición siguiente: "Debe considerarse como ilícita, dice el art. 11 del proyecto, toda cláusula del contrato de trabajo en que una de las partes ha abusado de la necesidad, de la ligereza ó de la inexperiencia de la otra, para imponerle condiciones en desacuerdo flagrante con las condiciones habituales de la profesión ó la región, ó con el valor ó importancia de los servicios convenidos. (1)"

Considerándola bien, esta innovación es, según la definición que de ella ha dado M. Perreau (2), "la ampliación de la teoría de la lesión considerada como vicio del consentimiento". Limitada por el Código Civil á ciertas personas y á ciertas materias (C. Civ. art. 1118), la influencia de la lesión se extendería así al contrato de trabajo, para prevenir la explotación injusta y abusiva de una de las partes por la otra. Pero hay que observar que esta disposición no contiene ni de cerca ni de lejos el establecimiento de un mínimum de salario. Por bajo que sea el monto de la remuneración del trabajo, debe ser aceptado, con tal que sea el producto de contingencias económicas sobre las cuales no tiene ninguna influencia la acción de las partes.

Plenamente justificada en materia de salario, esta garantía legal dada á la libertad de los contratantes, no lo es menos en lo que concierne á las condiciones de ejecución del trabajo, fijadas con demasiada frecuencia por reglamentos de taller, á los cuales sólo prestan los trabajadores una adhesión de pura forma.

El proyecto no va hasta quitar al jefe de la empresa la iniciativa de las reglas exigidas por la higiene y la disciplina del trabajo, no menos que por la ejecución exacta y fiel de las obligaciones. Pero después de haber prescrito como condición para que puedan entrar en vigor estos reglamentos una ámplia publicidad, el título III establece un procedimiento particular, cuyo objeto preciso es asociar á los obreros y empleados á la confección de los reglamentos de taller (1). Así las condiciones del trabajo no se fijan soberanamente por la voluntad del patrón, no son ya un resultado de ella unilateral, sino la resultan-

(1) Conf. Código Civil alemán, art. 132.

(2) Informe oral sobre el contrato de trabajo. Bull. de la Société d'études législatives, 1906, p. 84.

(1) Art. 26.

te de una consulta en que los interesados toman parte directamente ó por intermedio del presidente del consejo de hombres buenos, ó en su defecto, del juez de paz. Además, el reglamento de taller sólo puede publicarse cuando el patrón ha tomado conocimiento de las observaciones; y no es aplicable sino después de expirado un plazo igual, por lo menos, al plazo de desahucio usual en la profesión, y que no puede ser inferior á ocho días. Igualmente, por una última disposición, que demuestra la voluntad sincera de evitar que en ningún caso puedan imponerse á la voluntad de los obreros ó empleados cualesquiera disposiciones de un reglamento no aprobadas por ellos, un artículo especial establece que toda modificación del contrato individual de trabajo durante su ejecución, por medio de un reglamento de taller que no haya sido expresamente aceptado por los empleados, ó aplicado sin protesta de su parte durante un plazo igual al desahucio, es para los empleados una causa legítima de ruptura (1).

Determinadas las condiciones de formación y de prueba del contrato de trabajo (2), y definidos claramente sus efectos y la forma de ejecución de las obligaciones contractuales (3), el proyecto reglamenta, en un título especial (4), las convenciones colectivas relativas á las condiciones del trabajo.

Muy diferentes de los acuerdos individuales que se forman entre patrones y empleados y dan nacimiento inmediatamente á obligaciones recíprocas, las convenciones colectivas—discutidas entre uno ó muchos patrones y un sindicato ó agrupación de empleados,—no engendran ellas mismas ninguna obligación individual, se limitan á fijar las condiciones principales,—salario y duración del trabajo,—de prestación del trabajo; preparan el cuadro á que deberán conformarse las convenciones individuales. Aún así reducido el rol de las convenciones colectivas es todavía de gran importancia, pues sólo ellas permiten sustituir á las relaciones directas é individuales en que se afirma la preponderancia de los patrones, un régimen de igual y libre discusión que asegura á los trabajadores una eficaz garantía de sus derechos.

Producto espontáneo del medio industrial moderno, estas convenciones colectivas están lejos de encontrar en la legislación actual el medio jurídico indispensable á su plena expansión. De una naturaleza jurídica mal definida y, por otra parte, insuficientemente sancionadas por la jurisprudencia (1), estas manifestaciones de la acción colectiva no han podido hasta ahora, faltas de un reconocimiento legal, penetrar como habría sido de desearlo, en las costumbres industriales.

Después de haber afirmado en términos exentos de toda ambigüedad, la aptitud de los sindicatos para exigir judicialmente el cumplimiento de las convenciones colectivas, el proyecto impone á los miembros del sindicato, ó más generalmente á la colectividad repre-

(1) Art. 51.
(2) Art. 1 á 11.
(3) Título IV, art. 32 á 43.
(4) Título II, arts. 12 á 21.

(1) Conf. Trib. de Comercio del Sena. 4 febrero 1892 *Gaz. Pal.* 92. 1. 221, y asunto del sindicato de Chauffailles Charolles, 18 febrero 1890; Dijon, 23 julio 1890. Cas. 1.° febrero, 1893, Sir. 96. 1. 329; Cholet, 12 febrero 1897. *Revue des Sociétés*, 1897. p. 303.

sentada, la obligación rigurosa de conformarse en sus convenciones individuales á las reglas generales aceptadas por ellos. Aún más, si dicha convención se declarara aplicable por las partes contratantes á otras personas que las que han tomado parte en la convención ó han estado representadas, por ejemplo á los patrones ó empleados de una región determinada, es claro que éstos no están en manera alguna obligados á conformarse á ella, pero importa observar, por el contrario, que aquella de las partes que, ligada por la convención colectiva, tratara con estos terceros en otras condiciones que las previstas por dicha convención, se expondría á ser demandada civilmente en razón de la inejecución de las obligaciones asumidas por ella (1). "Esta disposición, dice la exposición de motivos, es la garantia de la observancia de las condiciones generales de la convención. Ella se opone, por la posibilidad de una acción, á que los obreros ligados por la convención se comprometan á prestar sus servicios en condiciones contrarias á las reglas generales de esta convención, con un patrón no sometido á estas obligaciones, y recíprocamente, á que un patrón sometido á estas obligaciones escape á ellas reclutando obreros no sometidos á la convención."

Secundado por este conjunto de sanciones tan precisas y concordantes, el éxito de las convenciones colectivas no tardará sin duda en manifestarse con una amplitud que no podía adquirir en medio de las controversias é incertidumbres de toda clase que autorizaba el silencio de la ley actual.

(1) Art. 17 § 2 y 12, § 3 y 4.

El título V, relativo á la cesación y á la ruptura del contrato de trabajo, debe combinarse con el artículo 1780 del Código Civil modificado por la ley de 27 de diciembre de 1890. La innovación contenida en esta parte del proyecto consiste en imponer á la parte que toma la iniciativa de la resolución, la obligación de prevenir á la otra parte, con una semana de anticipación, si se trata de un obrero ó criado, ó un mes á lo menos si se trata de un empleado propiamente dicho ó de un obrero que se asemeje á un empleado (1). Suprimido con demasiada frecuencia por los reglamentos de taller, el plazo de desahucio tomaría así un carácter legal cuya ventaja práctica consistiría en evitar por una y otra parte las sorpresas y los embarazos resultantes de una brusca é inmediata resolución del contrato.

Terminaremos este breve resumen señalando una disposición que exigiría una larga demostración, á saber, que "la huelga es, salvo manifestación contraria de la voluntad de una ú otra parte, una suspensión del contrato de trabajo", con el correctivo sin embargo de que "la negativa de una de las partes para recurrir al procedimiento de conciliación ó al arbitraje en las formas instituídas por las leyes especiales, será considerada como una ruptura de hecho de esta parte". Sin embargo, agrega esta misma disposición, "en los servicios públicos y en los establecimientos industriales del Estado cuyo funcionamiento no podría interrumpirse sin comprometer los intereses de la defensa nacional, la huelga ó cesación concertada del tra-

(1) Art. 46.

bajo es, *ipso facto*, una ruptura del contrato de trabajo". (2)

JULES CABOUAT.

(2) Respecto al efecto de la huelga sobre el contrato de trabajo, el proyecto se separa claramente de una jurisprudencia constante de los Consejos de Hombres buenos, confirmada recientemente por la Corte de Casación.—V. Cas. Req., 18 marzo 1902. Dall. 1902. 1. 323 y Civ., 4 mayo 1904, *ibid.* 1. 289. Conf. Pic. *Revue trimestrielle*, 1905, p. 39 y sig.

PROCEDIMIENTO CRIMINAL

LA CONDENA CONDICIONAL (1)

I. La condena condicionada requiere una concepción más elevada que la que ha venido informando al Derecho penal sobre el delito, el delincuente y la pena.—II. Orígenes de la condena condicional y su incorporación á las leyes de los pueblos de Europa y América.—III. Juicio crítico de la Institución.

I

1. La condena condicional, como la libertad condicionada y la indeterminación de la pena, son instituciones que responden á una concepción más perfecta, y desde luego más elevada, acerca del delincuente, del delito y de la penalidad.

Saludable reacción contra las teorías absolutas sobre la incorregibilidad del criminal nato, ó inadaptable, la fatalidad en la producción del delito, y la pena como sanción esencialmente retributiva y eliminatoria del morbo social que la acción malvada representa, parécennos ser, las actuales enseñanzas del Derecho penal, influenciadas ciertamente por un eclecticismo innegable, pero muy humano y beneficioso, no ya en orden á la reintegración moral del caído en la culpa, sino al interés común de la defensa social contra el delito y su alarmante reproducción á causa de la reincidencia. El *delito*, verdadero fenómeno de psicopatía, generado por hecho de causalidad, es considerado hoy como el resultado de una fuerza activa que, solicitada por otras fuerzas divergentes, aparta la voluntad culpable del recto camino del obrar jurídico; el *delincuente*, un sér que es regenerable si el hábito moral logra sobreponerse á la habitualidad viciosa y criminal; y finalmente, la *pena*, deja de ser castigo fiero y deprimente que, hiriendo al cuerpo, desnutre y mata el alma de quien la sufre, sublevando la dignidad humana y cerrando el corazón á la esperanza de toda posible misericordia, para transformarse en coacción psíquica que aspira al restablecimiento del sentido de la justicia en el espíritu del culpable, previniendo así nuevas re-

(1) De la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» de Madrid. Año 55. Tomo 110, marzo-abril 1907.

caídas y evitando la morbosidad social que la reincidencia significa.

La nueva ciencia penal ha penetrado resueltamente, por tanto, en el campo de las ciencias sociológicas, y reconstituyendo por medio de la ciencia penitenciaria las especulaciones sentimentales del filantropismo de las postrimerías del siglo XVIII, el Derecho represivo ha convertido las cárceles, de plantel de delincuentes profesionales, en reformatorios de la conducta viciosa y criminal; los *condenados* sin posible redención ulterior, en *protegidos* por el patronato y la tutela del Estado; y finalmente, la *pena*, en corrección racional redimible mediante una posible evolución posterior de la conciencia y de la voluntad culpables. Y como la causa del Derecho es empresa de la solidaridad entre los hombres, la Unión internacional de los jurisconsultos dignos de este nombre cuidó de difundir en los Congresos y en los *Boletines de la Unión* las nuevas teorías, que bien pronto fueron traducidas por mandatos legislativos en los pueblos de superior cultura jurídica.

La infancia abandonada, germen de la habitualidad delictuosa y coeficiente del crecimiento alarmante de la criminalidad, hizo pensar á los criminólogos en la necesidad de un Derecho penal privativo de los menores delincuentes, para quienes, más que un sistema represivo de sus primeras faltas, era necesaria una terapéutica social, en la cual la labor del patronato y de la consiguiente protección sobre su persona, realizase la obra salvadora de corregir las viciosas inclinaciones, que bien pronto habrían de traducirse en habitualidad del delito. Recordar aquí el desenvolvimiento admirable de las instituciones protectoras de la infancia, fuera innecesario; pero consuela el alma observar que el movimiento tutelar de la juventud, no ya criminal, sino viciosa y abandonada, es realmente portentoso é incesante la perseverancia de los Congresos penitenciarios, traducida en Asociaciones patronales y de asistencia, instituyéndose además en algunos Estados del Norte de América *Tribunales para niños*, cuyas notas características son la inaplicación de una ley escrita, que no existe, y la supresión de la encarcelación para los menores de dieciséis años, sustituída por el reformatorio, la escuela especial y un sistema educativo correccionalizador por excelencia (1).

Y como los progresos en el sistema penitenciario han sido logrados, según oportunamente recuerda Mr. Charlton, por la extensión al derecho penal de los adultos de instituciones propias para la corrección de los menores delincuentes, y ante la observación recogida por la estadística sobre que el delito no espera los años, antes bien explota en las primeras edades de la vida, y la criminalidad declina en la época de la madurez, se hizo necesario someter á discusión si la protección tutelar de los condenados

(1) De la juventud delincuente, discurso del Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, don Eduardo Dato, en la sesión inaugural del curso de 1906-907.

La realidad ó no del discernimiento en los menores delincuentes á que en nuestro derecho se subordina la responsabilidad del acto criminoso, parece fórmula llamada á desaparecer, según acertadamente entendía el Congreso de Bruselas —(Actas de 1889, cuestión 2.ª) —sustituyéndola por los Comités protectores, que en Francia funcionan desde 1891, y la sumisión á la tutela pública de los menores de dieciséis años, para los cuales la condena deberá ser condicional, por ministerio de la ley. — *(N. del A.)*

debiera extenderse también á toda clase de delincuentes, modificando substancialmente el funcionamiento de la justicia penal.

Á este propósito, la Unión Internacional de Derecho Penal proclamaba resueltamente en 1889 "que los Tribunales represivos y la administración penitenciaria concurrirían al mismo fin, porque la condena no tenía otro valor que el que le da el modo cómo se ejecuta, por la cual resultaba anticientífica la separación entre la función represiva y la acción penitenciaria".

De suerte, que ampliar el tratamiento protector recomendado por la ciencia para el cumplimiento de las condenas impuestas á los menores, extendiéndole á los adultos, era una labor de superior justicia, ya que nunca resulta esta virtud más esclarecida que cuando aparece iluminada por los destellos de la misericordia y el perdón de las primeras faltas (1).

Era preciso, para avaluar esa nueva orientación del derecho de castigar, disipar las nubes que ensombrecían la concepción científica sobre la imposibilidad de la corrección, sostenida resueltamente, entre otros meritísimos intelectuales, por Manduca—"La condamma condicionale in Italia, 1898",—al afirmar "que siendo todo criminal nato é incorregible, no era posible que en ninguno se verificase una reorganización psíquica bastante á producir la enmienda".

Parécenos, ante la desconsoladora teoría de quienes niegan al delincuente la posibilidad de regenerarse, y estiman en el delito un fenómeno de fatalidad y de inconciencia, considerando á la pena como mero procedimiento eliminatorio del criminal por la deportación ó la muerte, que el criminal debe ser estudiado, no con la frialdad del anatómico que opera sobre un cadáver, sino con la fe del sociólogo que actúa sobre un sér destinado á vivir en la colectividad social. Y es un hecho de evidencia notoria, que fuera de aquellos que, enfermos del espíritu por lesiones orgánicas del cuerpo—verdaderos tipos de neurosis criminal—,delinquen cuando los motivos circunstanciales explota el oculto virus de la delincuencia, los cuales difícilmente eliminan por completo el morbo delictivo, los criminales, de modo general, no llegan á la habitualidad delincuente sino por virtud de la ley que Tarde llama de repetición, como verdaderos vencidos en lucha con las flaquezas de su voluntad y merced á concausas sociales, que ofrecen á la actividad viciosas ocasiones adecuadas al delito.

Joven ó adulto, el delincuente no puede sustrarse el medio ambiente social que le rodea, como en el orden fisiológico tonifica ó destruye los gérmenes de la salud y de la vida, el aire puro ó impuro que oxigena ó carboniza nuestros órganos respiratorios, poniendo en movimiento los latidos de nuestro corazón.

Llevar, por lo expuesto, al Derecho penal de modo general instituciones jurídico-sociales de protección y amparo al que cayó en el abismo de la culpa, requerir en esa obra de salvamento el concurso del coeficiente individual, la intervención del Estado y la obra de la ley, no menos que la labor de los Tribunales de justicia, es la más noble empresa del Derecho penal moderno. En sus principios acerca de la pena, una transformación esencial

(1) «Estatutos de la Unión Internacional del Derecho Penal, párrafo 5.º (1889).

impone nuevas concepciones sobre su esencia y finalidad, y á la integración de ese superior concepto habrán de contribuir las enseñanzas de la Ciencia penitenciaria, de la Pedagogía y de la Beneficencia; ramas que brotan de un tronco común; la Ciencia de la Sociología, que habrá de ser substancia y vida del Derecho penal en la actualidad.

II. La condena condicional, hija predilecta, como la denomina Listz, de la Unión internacional del Derecho, é institución tan recomendable, según dicho jurisconsulto, que no es posible comprender no figure en todos los Códigos de los pueblos cultos, es en sus orígenes una manifestación de la justicia familiar, ampliada más tarde á la función social de la represión. Perdonar la primera falta bajo la formal promesa de la no reincidencia, es el procedimiento educativo del padre que antes del castigo, amonesta al hijo culpable y le aparta del precipicio del crimen, más por la dulzura del perdón, que por la crueldad del maltrato corporal y la aflicción sobre su espíritu. Aplicado ese principio á la infancia criminal, antes que arrancar del corazón los delicados sentimientos de ternura propios del adolescente, por la convivencia carcelaria y el humillante casillero del penado, en los Estados Unidos del Norte de América se introdujo por vía de ensayo (1878) el sistema de someter al joven que había de comparecer ante los los Tribunales á una prueba (*probation system*) que como recuerda Bernaldo de Quiróz—*Teorías de la criminalidad*—reducida á su más simple expresión, consistía en la caución que un funcionario de Policía ofrece de la conducta del sometido á la acción de la justicia, y que le hacía merecedor de ser relevado del cumplimiento de la pena que por el delito debiera serle impuesta.

Rodeada de tales medidas precautorias, la condena condicional, pensóse en extender la nueva institución á los adultos, y fué tan satisfactorio el resultado, que hoy existe en todos los Estados de la gran República Americana, pero sometida á las indagaciones probatorias del *Probation officer*, que una vez pronunciada la sentencia condicionada ejerce durante dos años tan directa inspección sobre el condenado condicional, que tiene autoridad para acordar su arresto y hasta demandar del Tribunal sentenciador prorrogue el plazo de la prueba sin cancelar la sentencia suspendida.

La incorporación de la condena condicional á los Códigos de Europa, fué indudablemente debida a la propaganda incansable de los Congresos internacionales y al ejemplo de Bélgica con la publicación de la ley de 31 de Mayo de 1888, sobre condena condicional y liberación de la pena, reformada por la de 2 de Mayo de 1894. La interesante discusión en el Congreso de Bruselas (1889), sobre los meritísimos informes de Prins y Lammasch, se tradujo en un formal requerimiento á los Gobiernos para la adopción de la condena condicional, si bien conteniendo tan transcendental reforma dentro de los límites impuestos por el estado de cultura general y jurídica de cada pueblo, sus costumbres y tradiciones (Actas del Congreso de Bruselas, Sesión 1ª). Cumpliendo este requerimiento, Francia publicó la ley de 31 de mayo de 1891, Portugal la de 6 de julio de 1893, Noruega la de 2 de mayo de 1894, España presentó á las Cortes un Proyecto en 8 de enero de 1900, calcado sobre la ley francesa de 1891, y úl-

timamente el Japón se apresta á aportarla á sus Códigos, según un informe de M. Tomii publicado en esta REVISTA en 1898 (1).

Pero se hace preciso recordar que la condena condicional fué implantada en Europa despojándola del sistema de la prueba encomendada á un funcionario de Policía extraño á los Tribunales, que era la característica de la institución en el Norte de América. Ni aún Inglaterra—Ley de 8 de agosto de 1877—aceptó tales precedentes, diferenciándose tan sólo de los demás pueblos europeos que admiten la condicionalidad de las sentencias, en que allí queda reducida la misión del Tribunal á perdonar los delitos leves cometidos por acusados de buena conducta y sin antecedentes judiciales, pronunciándose cuando en un plazo de dos años aquéllos reinciden y sin forma nueva de juicio, la sentencia condenatoria que no llegó á dictarse en su oportunidad. En las restantes legislaciones, una vez pronunciada la sentencia y concurriendo los requisitos que la ley, más ó menos concretamente establece, la ejecución queda en suspenso durante un plazo que oscila entre tres y cinco años ó diez que establecía nuestro Proyecto de 1900, reservándose á la discreción de los Tribunales la aplicación de la condición suspensiva, sin ulterior recurso contra su resolución sobre este punto.

Como regla general de la institución en Europa, puede establecerse que la suspensión es aplicada á los acusados sin antecedentes judiciales, por delitos que no lleven pena mayor de seis meses de prisión ó multa de carácter correccional, exceptuándose del beneficio la responsabilidad civil por indemnización al ofendido. También es principio admitido, que cometido otro delito sin extinguirse el plazo de la suspensión, la pena no cumplida deberá serlo de modo inmediato á la nuevamente impuesta por la ulterior reincidencia.

La ley de Noruega, 2 de mayo de 1894, merece en cuanto á estos particulares una especial mención, porque si bien atribuye al Tribunal del juicio la facultad de otorgar la suspensión de la sentencia en delitos de poca importancia, castigados con la pena de prisión ó multa, exige como requisitos para tal concesión que el reo sea menor de dieciocho años, que anteriormente haya observado buena conducta, que concurran circunstancias atenuantes, tales como la confesión sincera por el culpable del delito cometido, y que aquel haya dado satisfacción á la parte ofendida indemnizándole del perjuicio sufrido. En esto de la indemnización, el Tribunal está facultado para establecer un plazo que puede ser prorrogado al vencimiento, y caso de no ser cumplida la condición, produce tal incumplimiento la ejecución de la sentencia en este extremo. Pero lo que aparta la ley Noruega del criterio adoptado en las demás leyes sobre condena condicionada, es lo en aquella dispuesto sobre las reincidencias, puesto que no en todos los casos deja sin efecto la suspensión concedida. El Tribunal en Noruega al acordar la no ejecución de la pena, bajo la condición de no volver el condenado á delinquir en el plazo de tres años, puede, no obstante, ordenar continúe suspendido el fallo, si el delito posterior no fuere premeditado, ó no resulte castigado con una

(1) «Revista general de Legislacion y Jurisprudencia», tomo 92, pág. 367, (Estudio sobre el estado de la codificación en el Japón, por M. Tomii.)

pena de mayor gravedad que la que resulta aplazada por la condena condicional (1).

Sintetizando lo expuesto en cuanto á la manera de ser aplicada la condena condicional, pueden establecerse las siguientes conclusiones: 1ª En la América del Norte, donde la condena condicional tuvo su origen, el Tribunal la concede á solicitud del Oficial de Policía encargado de someter al culpable á un período de prueba que durará dos años, discrecionalmente prorrogables, cancelándose la sentencia cuando el Inspector de la prueba (*Probation Oficer*) comparece ante el Juez demandando que el sentenciado sea descargado de la pena. 2ª En Inglaterra, el Juez no dicta sentencia, pero terminado el juicio criminal, perdona incondicionalmente, aunque reconociendo la culpabilidad del acusado, si éste carece de antecedentes judiciales y el delito es leve. Transcurrido dos años, si el perdonado vuelve á recaer, ó no es de buena conducta, el Tribunal, sin otro procedimiento, dicta la sentencia condenatoria, que es desde luego ejecutada. 3ª En la generalidad de las legislaciones de Europa, se defiere á los Tribunales la facultad de suspender la sentencia condenatoria, con subordinación á las circunstancias personales del acusado y á la pena que deberá imponerse, la cual no deberá exceder de seis meses de prisión; no se somete á aquél á vigilancia ni tutela especial, y se establece como plazo el de tres á cinco años, durante el cual, si el condenado no recae en nuevos delitos, queda anulada la sentencia; pero si reincide, la pena es cumplida conjuntamente con la aplicable á la posterior recaída. Solamente en Noruega, la culpa ulterior, á no ser por delito premeditado ó de mayor entidad, permite un nuevo aplazamiento en la ejecución de la sentencia condicionada. 4ª En el proyecto de ley español de 8 de enero de 1900, la suspensión se aplica á las penas de multa y privación de libertad; pero no comprende la prisión sustitutoria por las responsabilidades pecuniarias á que se refieren los números 1º y 3º del artículo 49 del Código penal; exceptúa determinados delitos, sea cualquiera su pena, y finalmente, extiende á la prisión ó presidio correccional en su grado mínimo los beneficios del aplazamiento, elevando éste á diez años.

III. Significa en substancia la condena condicional la suspensión de la efectividad de la pena impuesta por los tribunales del órden penal al declarado culpable de un delito, subordinando tal aplazamiento á la condición de la no reincidencia; condición que de quedar incumplida, lleva aparejada la ejecución de la sentencia aplazada.

Como ya se ha indicado anteriormente, esa institución, lo mismo que la de liberación de la pena después de cierto tiempo de sufrida, son fiel reflejo en las leyes procesales de las nuevas orientaciones del derecho criminal acerca del fin ético de la represión tan discutido por el clasicismo, las teorías antropológicas y las escuelas correccionalistas de los promedios del pasado siglo.

Bélgica, que es, sin duda alguna, uno de los pueblos de mayor cultura jurídica, al publicar en 1888, la ley sobre condena condicional y liberación de penas,

(1) Como conforme al artículo 50 de nuestro Código Penal, la insolvencia por la responsabilidad civil, lleva de modo inexcusable la prisión, entendemos que la condena condicional debe extenderse á dicha prisión, con las reservas establecidas en el artículo 52.—*(N del A.)*

cuidaba de consignar en la exposición de motivos de la misma: "que no era la intimación—que por la efectividad del castigo contribuía al mantenimiento del orden del derecho—, el fin único de la función represiva; porque la expiación á que son sometidos los culpables debe servirles de enmienda, fortaleciendo su voluntad y regenerando su conciencia, evitando nuevas y más dolorosas recaídas. Así la pena, despojada de su aspecto esencialmente retributivo, se convierte en actuación psíquica y moralizadora del propio delincuente y por irradiación de todo el cuerpo social" (1).

Á la benéfica idea del perdón de la primera delincuencia, que de ordinario redime la conciencia del pesar de la culpa, de modo más eficáz que el castigo inexorable y la perdida esperanza de toda regeneración posible, y á la práctica enseñanza de que la convivencia endurece el corazón, relaja los hábitos familiares y disloca las más dulces afecciones, debió su implantación en las instituciones jurídicas la condena condicional, y su difusión fué tan rápida, su aceptación en la ley tan unánime, que sólo España parece ser dolorosa excepción en este movimiento de la justicia sustentada sobre el amor y la misericordia al caído en las desventuras del delito.

Pero la condena condicional como la liberación de la pena, sí han de producir sus consiguientes benéficos resultados, necesitan del concurso de otras instituciones penitenciarias y de beneficencia, y sobre todo de un estado de opinión favorable al desarrollo de la acción individual en pró del patronato, que coadyuve á la obra de protección del Estado cerca de la persona del culpable á fin de redimirle de la pasada culpa. Ello satisfactoriamente explica como en Inglaterra, planteada la condena condicional por la ley de 8 de agosto de 1887 ("Act. to permit the conditional release of firtes offenders in certain cases") ofreció en sus principios resultados poco favorables, porque completamente abandonados á sí mismos los liberados, sobre todo los menores delincuentes, la inminencia de nuevas recaídas era inevitable. Organizado el patronato, se hicieron notorias sus ventajas, y así se evidenció en el Congreso Penitenciario de Stockolmo.

En cuanto á Bélgica donde las instituciones patronales se multiplicaron de modo asombroso después de la publicación de la ley de 31 de mayo de 1888, dió ésta tan benéficos resultados que como cuida de hacer constar G. Tarde—*La Criminalidad comparada*—la estadística delincuente ha descendido en su curva antes progresiva, como si para detener el avance de la ola criminal, se hiciese inexcusable un enérgico despliegue de la beneficencia individual y colectiva. ¿Es, pudiéramos preguntar con el ilustre magistrado Gabriel Tarde, que la caridad para los semejantes pasó ya, y que la obra de la abnegación, del desinterés y del propio sacrificio, ha terminado en las civilizaciones superiores? (1).

La condena condicional, es como la iniciación de otra más transcendente institución penitenciaria, la liberación de la pena; pero, ¿qué hacer con los liberados en una y otra forma, y cómo evitarles nuevas y más dolorosas recaídas,

(1) Exposición de motivos de la ley sobre la condena condicional y liberación de la pena, de 31 de mayo de 1888

(1) «La Criminalidad comparada», G. Tarde.

á no someterles á un tratamiento educativo reformador de sus viciosos instintos? Y en la trasplantación de esas reformas propias del derecho penal de la infancia, al derecho penal de los adultos, ¿no es verdad que se hace necesaria la protección patronal lo mismo para los condicionalmente condenados que para los libertos de las prisiones? El instante más crítico de la pena, ha dicho un ilustre criminólogo, es aquel en que aquella se extingue ó se suspende, y la convalecencia del delito, el estado psicológico que más debe procupar á la acción social, como que es un hecho comprobado que á semejanza de las recaídas en las dolencias del cuerpo, las reincidencias ocurren de modo general en los primeros tiempos que subsiguen al cumplimiento de la condena. Por eso la idea iniciada en el Congreso de Roma, de un estado intermedio de libertad condicionada entre la prisión y el otorgamiento de la libertad definitiva, sometiendo al libertado á una disciplina adecuada de vigilacia y corrección distintas del régimen carcelario, es una idea digna de la mayor meditación.

Aun cuando sea preciso reconocer la realidad de la afirmación de Mr. Riviere, sobre el estado inicial del sistema penitenciario en España, por lo cual no se han implantado todavía la condena y libertad provisionales, no cabe dudar que aunque lentamente, las nuevas enseñanzas de la ciencia penitenciaria van haciendo su labor hacia la obra salvadora de la tutela para los reclusos y libertos de la pena, mediante la organización del patronato y la reforma de la disciplina carcelaria. No hemos llegado, es cierto, ni aún á una ley sobre reincidencias, libertad condicional, patronato y rehabilitación del penado, como la publicada en Francia el 14 de Agosto de 1885, y arribaremos tarde á refrigerar con la acción del individuo, la fría rigidez de los patronatos de carácter oficial; pero en el esfuerzo particular de la lucha de la caridad con el egoísmo general de la sociedad de nuestros tiempos, el amor humano que es ley de vida social, realizará seguramente la obra de verdadero salvamento colectivo (1).

La condena condicional, negación como la libertad después de cumplido cierto período de la pena, de la incorregibilidad del delincuente, serán un hecho en nuestras instituciones jurídicas, como ya lo ha sido la redención á cierto tiempo de las penas perpetuas. Lo que importa al plantearlas en nuestros Códigos, es no dar al olvido la advertencia de los congresistas de Bruselas, acerca de la necesidad de tener muy en cuenta en este asunto el estado de cultura general y jurídica de nuestro país y sus costumbres y tradiciones, porque toda reforma transcendente lleva como condición de viabilidad la abonada preparación y el meditado pensar de los legisladores que

(1) La creación de las Juntas de prisiones (Reales decretos de 21 de septiembre de 1888, 22 de mayo de 1899 y 24 de junio de 1890), el sistema penitenciario progresivo (Real decreto de 3 de junio de 1901), la tutela penal (Real decreto de 18 de mayo de 1903), las acertadas disposiciones sobre cumplimiento de condenas y reformatorio de los menores de veinte años (Real decreto de 23 de marzo de 1907), significan el desenvolvimiento práctico de las nuevas teorías penitenciarias.

No es de menor transcendencia la creación del «Patronato de jóvenes presos de Madrid», del que son Presidentes honorarios los señores Dato, Azcárate y Salillas, verdaderos apóstoles de la buena causa, debido á la inciativa individual y cuyo reglamento acaba de publicarse en los momentos de ser redactadas estas notas.—*(N. del A.)*

habrán de traducirla en realidad. Así, y recordando que hoy la ciencia penal resulta más bien influenciada por la consoladora esperanza de atajar la reincidencia con los requerimientos á la corrección del culpable, que con el abandono de éste á las tristezas de una imposible regeneración, será una labor legislativa inmediata y afortunada la instauración de la condena condicional precursora de la liberación condicionada de la pena, y más tarde acaso de la indeterminación de la condena, aspiración ideal de las escuelas correccionalistas en la actualidad.

P. González del Alba,
Presidente de Sala
de la Audiencia de Madrid.

DERECHO

DE LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS POR VOLUNTAD UNILATERAL

Por

M. RENÉ DEMOGUE

Profesor agregado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

Según el artículo 1134 del Código Civil, "las convenciones legalmente formadas son ley para los que las han celebrado. No pueden revocarse sino por su consentimiento mutuo ó por las causas que autoriza la ley."

Al leer este artículo, parece que una vez celebrado el contrato, se deducirán sus consecuencias lógicamente, mecánicamente en cierta manera, que llegará siempre, salvo imposibilidad, á ejecutarse en especie ó á ejecutarse por equivalencia. La convención debe desarrollar todas sus consecuencias, sólo se atajarán por las revocaciones que autoriza la ley. El sistema es claro, preciso: el acto producirá todas las consecuencias que debe engendrar, no se detendrá sino ante la imposibilidad, ó dejará de existir á consecuencia de revocación ó de resolución (art. 1184). Los autores comentan muy brevemente una disposición tan sencilla y tan clara; algunas líneas, cuando más algunas páginas en los más extensos.

Sin embargo, nos parece que la regla de derecho convencional lo mismo que la regla legal está destinada á modificarse en ciertos casos, en presencia de circunstancias imprevistas, sin el consentimiento de todos los firmantes. Sin duda esto no siempre aparece porque los contratos están destinados á menudo á ejecutarse en un plazo breve, y sin que en el intervalo se produzca ninguna nueva situación. No por eso la cuestión deja de tener una gran importancia: hace comprender mejor lo que debe ser una convención.

El contrato no es algo respetable en sí mismo, porque es un acuerdo de voluntades. Se volvería al fetiquismo de la voluntad individual que ha obstruido el derecho civil del siglo XIX. El contrato es respetable como función de la solidaridad humana. Una convención que sólo puede llegar á consecuencias en contradicción cierta con el interés general, ya no merece una fuerza obligatoria. Sin duda, no todo desacuerdo entre una convención y las nuevas circunstancias hace digno al contrato de una suerte semejante. Pues por el hecho sólo de que algunas personas hayan

contado con un cierto estado de hecho que debía resultar de un contrato celebrado, hay ventaja para todos en que se realice este estado. Pero el interés general en la ejecución de un contrato puede ser excepcionalmente más débil que el interés general que no quiere que se ejecute un contrato mal adaptado á las nuevas circunstancias. Todo esto exige un amoldamiento de los contratos á las circunstancias, pero un amoldamiento relativo, pues de otro modo se llegaría á la destrucción de la noción misma del contrato, que implica la de seguridad.

Antes de anotar los casos en que es posible la modificación del contrato por una voluntad unilateral, notemos cuán singular es á primera vista que pueda presentarse la cuestión. Se habla de ruptura unilateral de los contratos, y el artículo 1780 es el ejemplo más notable. ¿Pero no es destruir la seguridad social que crea el contrato, admitir la modificación de una convención sin el consentimiento de todos? Sin embargo, á pesar del daño real de esta modificación, existe ya en nuestro derecho, como esperamos demostrarlo, y tal vez está destinada á acentuarse. Se comprende por otra parte, en pura lógica, porque desde el momento que se admite que uno de los contratantes puede desligarse del contrato sin la voluntad del otro, ¿por qué no admitir que el contrato puede aligerarse ó modificarse en favor de una parte á pesar de la otra?

Pero, no menos que la voluntad destructiva del contrato, la voluntad modificativa es grave. Admitirla, es derribar una de las columnas del templo. Sólo hay que hacerlo, por lo tanto, en una justa medida que trataremos de determinar, porque de otro modo se llegaría á la anarquía pura.

Importa también examinar si los casos en que encontramos esta modificación, este amoldamiento del contrato á las circunstancias, están dominados por ciertos principios generales que puedan favorecer su existencia y asegurar su limitación.

Evidentemente, á medida que los efectos de un contrato deben desarrollarse en mayor tiempo, éste corre el riesgo de llegar á ser por su aplicación estrictamente lógica un anacronismo, de engendrar anomalías, situaciones chocantes que hay que reducir al mínimum.

Pero casi todo contrato puede encontrarse modificado en su aplicación: ante todo, por consideraciones de orden público, consideraciones humanitarias á que no se ha dado lugar en nuestro derecho, pero sí en las legislaciones extranjeras.

Después, por consideraciones de orden privado: tomando en cuenta la voluntad presunta de las partes, no la voluntad que puede creerse que han tenido, sino la voluntad que habrían podido tener en presencia de las circunstancias nuevas que tal vez habrían podido prever, pero que, en ciertos casos, se encuentran en absoluto fuera del radio visual de la inteligencia humana. Es, pues, una interpretación de voluntad más bien objetiva que subjetiva. No es una verdadera interpretación sino un arreglo equitativo de situaciones nuevas. Encontraremos estos casos cuando una parte se mantenga á la defensiva en caso de inejecución de un contrato por la otra, ó cuando nos hallemos en presencia de un contrato que ha creado un verdadero organismo de vida autónoma como una

fundación, ó cuando la urgencia autorice para ejecutar un contrato de un modo especial.

Tendremos todavía un amoldamiento del contrato en un último caso, cuando estando ligada una parte á varias otras por contratos separados, éstas, aunque jurídicamente extrañas la una á la otra, hayan adquirido una conciencia mutua de su identidad de situación que les haya hecho solidarizarse, como son los acreedores de una misma quiebra.

Estas hipótesis pueden reducirse en realidad á dos ideas: la soberanía del fin y la noción de organismo. Lo que es esencial en un contrato es un fin que alcanzar: la teoría de la jurisprudencia sobre la causa tan verdadera, tan útil, descansa sobre esta idea: es permitido entonces á un contratante, para llegar al resultado deseado, modificar por sí solo el contrato en caso de urgencia, como recurrir á la inejecución del contrato ó á garantías suplementarias; hipoteca judicial, caducidad del término, para asegurar la ejecución del contrato.

Existe, por otra parte, la idea de organismo. En ciertas condiciones de analogía de situación, de solidaridad por identidad ó por división del trabajo, se forma un verdadero organismo, con ó sin personalidad, poco importa, pero que obra como una persona, es decir, con unidad, en otros términos, que la voluntad de los recalcitrantes se encuentra sacrificada, no se toma en cuenta.

Pasemos ahora en revista las hipótesis indicadas, ocupándonos primero de las modificaciones á consecuencia de una situación nueva relativa á una de las partes, y después de las situaciones nuevas debidas á acontecimientos exteriores.

SECCION I

SITUACIÓN NUEVA DEBIDA Á UNO DE LOS CONTRATANTES

Tomemos, ante todo, el caso en que la nueva circunstancia que se produce, se refiere á una de las mismas partes y á que ésta no cumpla. ¿Puede la otra darse una garantía, ponerse en cierta manera á la defensiva hasta que cumpla la primera?

La cuestión no se presenta sino en el caso en que se trate de una inejecución culpable. En efecto, cuando el que tiene un plazo para cumplir no lo hace inmediatamente, la otra parte está obligada á cumplir desde luego. Esta ha aceptado correr un riesgo. Ha consentido en cumplir aún cuando no tenga una prestación de la parte contraria. Debe soportar las consecuencias, *fidem debitoris secutus est.*

Y lo mismo sucede en el caso de inejecución no culpable de una promesa hecha sin término, debido á un caso fortuito: también aquí no produce efecto; el otro contratante no debe menos por eso cumplir inmediatamente.

Pero una prestación se debe inmediatamente y no se cumple. ¿Puede el acreedor negarse por su parte á cumplir su obligación? (V. mi nota en Sirey, 1906. 2,134, sobre las indemnizaciones de seguro).

La cuestión se ha examinado á menudo sólo bajo un aspecto limitado: á propósito del derecho de retención. Una persona detenta una cosa que debe entregar á otra, y ésta le debe una cierta suma con motivo de esta cosa, si no la paga; ¿puede el detentador de la cosa debida negarse á entregarla? Se ha con-

tentado con extender la solución afirmativa dada por algunos textos, siempre que hay *debitum cum re junctum*. Pero conviene presentar el problema de una manera más general, y creemos que es preciso, como lo ha dicho M. Planiol, establecer el principio de que toda relación de derecho de que se derivan obligaciones recíprocas para las dos partes, debe, en general, ejecutarse simultáneamente por los dos obligados (1). Cada una de las partes tiene el derecho de negarse provisoriamente á cumplir en caso de incumplimiento de la otra.

Los ejemplos en que desde luego se piensa, sólo se refieren al deudor de una cosa, acreedor de una suma de dinero, á quien se niega el pago de esta suma. Pero hay que generalizar esta regla desde diversos puntos de vista. Hay que admitir que el acreedor de dinero, deudor de una cosa, puede retenerla cuando no se le quiere pagar sino con reservas inaceptables. Es así como se ha resuelto con razón, antes de la ley de 13 de febrero de 1888, que un porteador puede negarse á entregar los objetos transportados que el destinatario no quiere admitir sino con reservas, cuando no se presta á la verificación inmediata de los bultos, pudiéndose encontrar así la Compañía expuesta eventualmente á dificultades y á procesos.—Cas., 26 febr. 1872 (S. 72. I. 34). La negativa para firmar un recibo puro y simple equivale á la negativa para ejecutar la obligación misma.

El derecho de retención no se aplica únicamente á las cosas (1).

Puede decirse en sentido inverso que el acreedor de una cosa puede negarse á pagarla si no se le entrega ó si el deudor falta en algún modo á sus obligaciones. El comprador al contado puede negarse á pagar el precio mientras no se le entrega la cosa. El arrendatario puede negarse á pagar el precio del arrendamiento cuando el arrendador no lo pone en posesión de la cosa (2).

Si la cuestión es sencilla cuando una de las partes no cumple en absoluto, hay, por el contrario, más dificultades cuando una de las partes ha cumplido ya una de sus obligaciones, sea ó no en el hecho la principal. Así un arrendatario ha entrado en posesión del inmueble arrendado, pero el arrendador no ejecuta las reparaciones á que está obligado, ¿puede negarse el arrendatario á pagar los cánones?

Para resolver esta cuestión, veamos los distintos aspectos en que puede presentarse. Se ha arrendado un inmueble y el arrendador no lo entrega ó lo ofrece en un estado inservible. El arrendatario á quien no se entrega el inmueble arrendado, podría ciertamente negarse á pa-

(1) V. Planiol, II. núm. 988, 2.° y 1,365, y nota en Dalloz, 98.1.289; Charmont, *Revue critique*, 1899, p. 67; Raynaud, *Inexécution des contrats*, tesis, París, 1906.—*Contra*, Cas. 1.° dic. 1897 (D. 98.1. 289). El artículo 320 del Código Civil alemán ha consagrado en términos formales el derecho para una parte de negarse provisoriamente á cumplir si no cumple la otra, á menos que se haya estipulado un término.

(1) V. el artículo 224 del Código federal de las obligaciones, que da el derecho de retención sobre todas las cosas y títulos. El artículo 273 del Código Civil alemán dice, de un modo más general, que si en virtud del hecho jurídico sobre que descansa su obligación, el deudor tiene un derecho de acreencia vencido contra su acreedor, puede, á menos que resulte lo contrario de su obligación, negarse á cumplir su prestación mientras su adversario no cumple la suya.

(2) V. en este sentido Rossel, *Code fédéral des obligations*, p. 329. Cf. Baudry et Whal, *Louage*, núm. 310.

gar el canon previsto para un arrendamiento que no cumple en manera alguna el propietario.

Pero se ha entregado el inmueble, sólo que se encuentra en un muy mal estado: la obligación de entregar en buen estado ha sido cumplida parcialmente; ó el inmueble sufre deterioros y exige reparaciones. El arrendatario, instalado en el inmueble puede decir: no pago el canon mientras no se efectúen las reparaciones necesarias? Laurent (XXV, núm. 109. Cf. Douai, 7 mayo 1856, S. 57.2.209.) lo niega y pretende que el único camino regular que puede tomar el arrendatario es entablar una acción contra el arrendador y obligarlo á hacer las reparaciones (1). Reconocerle otro derecho, sería, dice, permitirle hacerse justicia por sí mismo. Pero la opinión contraria es admitida por autores más modernos. El arrendatario, según ellos, no está obligado á pagar el arriendo, por lo menos en la medida en que no lo goza (2). Esta opinión nos parece la más justa. No se trata para el arrendatario de hacerse justicia á sí mismo puesto que se contenta con mantenerse á la defensiva. No se trata tampoco para él de fijar el valor de las reparaciones, corresponderá hacerlo á la justicia en caso de discusión, sino de asegurarse un arma contra su arrendador. Yo agregaría aún que no sólo sería permitido al arrendatario retener una cantidad correspondiente á la privación parcial de goce. Porque sostenerlo es, ante todo, admitir que la deuda del canon se compensará de pleno derecho con la deuda no líquida de daños y perjuicios compensatorios por inejecución parcial, lo que es contrario al artículo 1291. Después, desde el punto de vista práctico, se encuentra con una dificultad. ¿Cómo el arrendatario á quien se ha entregado el inmueble en mal estado podría decir: he sido privado de una parte de aquello á que tenía derecho, lo que representa un cuarto, ó la mitad? ¿No supone esto un peritage previo?

Nos encontramos aquí, á mi juicio, con un caso de aplicación del derecho de retención. Ahora bien, en el derecho de retención, sucede á menudo que una persona tiene el derecho de negarse á entregar una cosa de gran valor para asegurarse el pago de una cantidad relativamente mínima. ¿No se puede negar la restitución de un inmueble de gran precio al que le reivindica para obtener el pago de mejoras mínimas? No debe, pues extrañar que el arrendatario pueda negarse a pagar el arriendo si no se ejecuta una reparación que costaría una suma inferior á uno de los cánones.

Puede apoyarse esta teoría en consideraciones prácticas y en ideas generales.

Prácticamente, el sistema que indicamos será de aplicación sencilla. El arrendatario rehusará el pago y el juez, á petición del arrendador, determinará en seguida, después de haber liquidado la obligación de éste y compensado las dos deudas hasta concurrencia de la más débil, lo que el arrendatario debe todavía. Por otra parte, no se puede temer que el arrendatario rehuse el pago sin un motivo serio. Porque si sus pretensiones fueran rechazadas, sería condenado á pagar el total y el arrendador lo notificaría para hacer correr los intereses del

(1) V. Guillouard, *Louage*, I. núm. 101. p. 115; Aubry et Rau, 4.ª ed , IV, p. 474.

(2) V. Baudry et Whal, *Louage*, I, núm. 245, p. 121. *Contrà*, 3.ª ed., p. 175.

canon no pagado, notificación que, sin efecto, si se encontraba con un derecho legítimo de retención, producirá en nuestro caso las consecuencias del artículo 1153 del Código Civil. Agreguemos, además, que el juez podría evitar los abusos aplicando la máxima: *de minimis non curat prætor*. El peligro de ver multiplicarse las negativas de pago con fútiles pretextos, que se vería tentado á objetársenos, es, pues, del todo vano.

Puede invocarse todavía una consideración general. El derecho civil, en nuestra época tiende á no ser más que una simple apreciación de los derechos de cada uno, del daño sufrido. Se va haciendo, para emplear una expresión un poco sabia, teleológico. El derecho criminal tiene ya este carácter, al tratar sobre todo de dar seguridad á la sociedad, más bien que pronunciar una pena equivalente al mal cometido ó á la perversidad mostrada. El derecho civil tiende á adquirirlo. Citemos la ley de 1898 sobre los accidentes del trabajo que da al obrero un derecho suficiente para no quedar en la miseria, y no un derecho adecuado al daño sufrido; citemos la idea de pena privada que renace hoy (1), la jurisprudencia en materia de apremios cuyo carácter de finalidad es cierto.

Estas consideraciones de un fin que alcanzar determinan á los jueces todavía más que á los autores; por eso no hay que extrañarse de ver á la jurisprudencia aceptar nuestra teoría de una manera casi general. Hay que citar primero diversas sentencias de apelación, una de las cuales ha sido aun aprobada por la Corte Suprema, que reconocen que en un arrendamiento en que se extipula la resolución de pleno derecho á falta del pago de la renta, no se aplica esta cláusula si se reclama el pago porque no ejecuta el arrendador las reparaciones á que está obligado (1).

Otras sentencias han reconocido al arrendatario el derecho de retener sobre los cánones el valor de las reparaciones y han validado al mismo tiempo la negativa para pagar mientras tanto ningún canon. (V. Donari, 24 marzo 1847, S. 48. 2,189, y Amiens, 22 dic. 1887 y Cas. 4 febrero 1889, D, 90.1.121). Es lo que ha hecho una sentencia de París de 4 de julio de 1868, citada á veces en sentido contrario (S. 68.2.304), que, declarando que se debían los cánones, ha agregado que era preciso acordar un plazo al arrendatario para pagar cuando éste había entablado separadamente una acción por daños y perjuicios. Sólo una sentencia de Alger de 7 de nov. de 1892 (D. 93.2.286) ha declarado que el arrendatario cuyas reclamaciones eran disticutidas debía pagar el canon. Pero admite al mismo tiempo que si se aceptaba su monto podrá invocar la compensación y "la ley general de reciprocidad". Sólo se ha aceptado la solución con reticencias.

Estando así reconocido el derecho para no cumplir á propósito de sumas de dinero, diremos también que una sociedad podrá negarse á pagar su parte de beneficios á un socio que no ha entregado todavía sino una parte de su aporte en especie.

Lo mismo reconocemos, con los autores y la jurisprudencia, que el mandata-

(1) V. sobre este punto los trabajos de M. Hugueney. *Rev. crit.* 1906.

(1) V. Dijon, 28 dic. 1857. S. 58.2.411.—Caen, 17 mayo 1882 y Cas. 3 enero 1883, S 84.1.432.—Orleans, 20 abril y 8 agosto 1888, D. 89 2.247.

rio puede negarse legítimamente á ejecutar el mandato, si el mandante no le entrega las cantidades necesarias á este efecto (1).

Vemos otra aplicación de esta excepción *non adimpleti contractus* y de este derecho de mantenerse á la defensiva, en derecho comercial: es la negativa de parte del destinatario para recibir las mercaderías trasportadas. Aquí hay algo como un derecho de retención en sentido inverso. En todo caso es siempre la misma idea. Una persona se niega por su parte á la ejecución del contrato: poco importa que sea negándose á entregar una cosa ó á recibir la cosa que se le quiere entregar. El destinatario sostiene que no se ha cumplido por completo para con él, que las mercaderías no son del tipo convenido, ó que están averiadas, ó que ha habido retardo. Prácticamente se niega á recibir, porque tomando esta actitud enérgica, dejando al porteador las mercaderías que le estorbarán, lo forzará á cumplir: pagar una indemnización ó hacer reparar los objetos. Su situación es análoga á la del vendedor al contado ó de toda persona que ejerce un derecho de retención que dice: mientras no se me pague, no cumpliré mis obligaciones.

El artículo 106 del Código de Comercio sólo trata muy brevemente, por alusión en cierta manera, del derecho para esta negativa. "En caso de negativa ó diferencias en cuanto á la recepción de los objetos trasportados, se verificará y constatará su estado por peritos, nombrados por el presidente del Tribunal de Comercio". Este artículo puede utilizarse primero en el caso en que el comprador tiene alguna diferencia con el vendedor, encuentra que no es la calidad ó la cantidad convenida. Se aplica entonces perfectamente (1). El porteador debe en este caso avisar al vendedor la negativa del destinatario. (V. en este sentido Bédarride, *Des chemins de fer*, II, p. 33, que se funda en una resolución ministerial de 30 de abril de 1862 que permite percibir un derecho de almacenaje "á condición de que las compañías pongan inmediatamente en conocimiento del cargador estas circunstancias"). (V. Trib. de Villefranche, 19 mayo 1862, P. 69. 210). Pero advertido el cargador, á consecuencia de la venta de las mercaderías, si ella tiene lugar, como lo autoriza el artículo 106-3, se verá en el juicio entre el cargador y el destinatario quién debe soportar las pérdidas de las mercaderías, los gastos de almacenaje, el trasporte. Todo será de cargo del comprador si no era motivada su negativa, y en caso contrario del vendedor. Este riesgo obligará al comprador á no negarse á recibir sino con plena conciencia.

El destinatario puede tener motivos de queja sólo contra el porteador, porque las mercaderías están averiadas, ha habido retardo, ó porque el flete es muy elevado.

---

(1) V. Guillouard, *Mandat*, n.° 109; Baudry et Wahl, *Du mandat* n.° 398, p. 316.—Trib. com. Sena, 2 oct. 1906, *La Loi*, 28 nov.; *Rev. de dr. civil*, 1907, p. 105.

El derecho para negarse á cumplir el contrato existe aun de parte del deudor de una cosa respecto al deudor de otra cosa que no cumpla. El permutante, el que ha celebrado una transacción, un asociado, no está obligado á entregar la cosa prometida en cambio, lo que debe entregar á consecuencia de la transaccion, á entregar su aporte á la sociedad, si el otro contratante se niega á entregar las cosas que debe.

(1) V. *Contrà* Lyon Caen et Renault, t. III n.° 590.—Dall. *C. Comm. annoté*, sup., art. 106, n.° 563, en nuestro sentido. Cas, 26 nov. 1889, Bull., n.° 244.

Nos hallamos en un caso de aplicación innegable del artículo 106 (1). El porteador puede pedir un peritaje, después vender las mercaderías y pagarse, ó guardarlas, ó hacerlas colocar en depósito. Pero el destinatario puede proceder contra la Compañía. Si ésta es culpable, recibirá los objetos, si se venden, cobrará su valor, y en todo caso no pagará ningún derecho de almacenaje, y podrá obtener una indemnización.

Si la negativa no se funda en motivos justos, recibirá las mercaderías pagando el transporte y el almacenaje, ó si se venden sólo cobrará el resto del precio ó la porción de las mercaderías que ha conservado el porteador, si ha sido pagado ya con la venta del resto.

Estas soluciones, sobre las cuales no encontramos documentos de jurisprudencia, nos permiten caracterizar este derecho de rehusar la recepción. Es un arma como el derecho de retención, pero como éste, es un arma peligrosa para el que se vale de ella sin necesidad. Un vendedor al contado que usara del derecho de retención habiéndosele ya pagado, se expondría á ser condenado á indemnizar daños y perjuicios. Lo mismo el destinatario que se niega á recibir las mercaderías sin motivos que se reconozcan más tarde fundados. Pero la Compañía que se prevale sin razón de las disposiciones del artículo 106 haciendo vender las mercaderías deterioradas por su culpa ú ofrecidas con retardo, ó no haciendo practicar un peritaje, se expone también á una indemnización (2). Esta es también desde este punto de vista un arma útil para el destinatario contra el porteador cuando éste no tiene razón.

Este derecho de mantenerse á la defensiva frente al contratante que falta á una de sus obligaciones, tiene una aplicación más general y que el Código subentiende á propósito del rechazo del pago que sigue á las ofertas reales. Leyendo el texto del artículo 1257 del Código Civil, no se ve cómo puede funcionar el rechazo del pago.

En el hecho este rechazo casi siempre es motivado por que el pago ofrecido no era de lo que se debía, era muy pequeño ó era otra cosa, y se quiere obtener íntegramente el objeto de la obligación. El rechazo es todavía un medio de influir sobre el deudor, embarazándolo con la mercadería que debe entregar, ó si se trata de una suma de dinero haciendo correr los intereses contra el acreedor mediante una notificación. El deudor que se da cuenta de que no se ha de recurrir á un proceso, que no se incurrirá en gastos si paga su deuda con deducción de una porción mínima, ve por el contrario que el acreedor que ha rechazado el pago de la mayor parte no vacilará en proceder judicialmente para hacerse pagar el todo, ó dejará correr los intereses del total, lo que aumentará su deuda. La teoría de las ofertas reales supone pues el derecho de no cumplir su obligación cuando la otra parte no cumple de una manera completa.

El derecho de no cumplir respecto á una persona que culpablemente no cumple sus obligaciones, tiene el alcance más amplio. Podría relacionarse con él la disposición del artículo 2037 del Código Civil, según el cual queda exonerada la caución cuando no puede tener lugar en su favor la subrogación en los derechos,

(1) V. Lyon Caen et Renault, III, n.º 587.

(2) Lamé Fleury, *Code des chemins de fer*, p. 850, y Alger, 27 abril 1871, y las demás resoluciones citadas.

hipotecas y privilegios del acreedor por culpa de éste. Encontrándose en adelante el acreedor en la imposibilidad de cumplir, la caución tendrá un derecho de retención de duración ilimitada. Podrá permanecer perpetuamente en *statu quo*, es decir que prácticamente su obligación queda extinguida.

Y de todo esto se desprende la conclusión más general de que en un contrato las obligaciones no son independientes las unas de las otras. Están relacionadas no sólo en el sentido de que en general se encuentran sometidas á la misma prescripción, de que el no cumplimiento de la una permite al acreedor perjudicado entablar la acción resolutoria del artículo 1184, sino también en cuanto cada parte puede exigir la ejecución simultánea de las obligaciones de la otra y en caso de negativa, está dispensado temporalmente de colaborar á la ejecución de la obligación.

Esta teoría puede aplicarse á propósito del derecho de huelga. Todo obrero cuyo patrón falta á ciertas obligaciones, todo patrón cuyos obreros violan compromisos libremente contraídos, puede suspender el cumplimiento del contrato hasta que haya obtenido satisfacción: el obrero puede abandonar el taller; el patrón puede cerrar la fábrica.

Si los obreros han contratado individualmente, sólo podrán naturalmente suspender el trabajo ó verse cerrar la fábrica aquellos que hayan sido perjudicados ó que hayan faltado á sus obligaciones. Fijándose sólo en este punto, la consecuencia deducida es importante desde un doble punto de vista: la huelga, en semejante caso, podrá declararse instantáneamente, sin desahucio, por todos los obreros afectados. Todos los que no procedan únicamente por espíritu de solidaridad, podrán declararse en huelga sin exponerse á la indemnización de daños y perjuicios, porque es un acto defensivo.

Después, la huelga no podría considerarse en este caso como una ruptura del contrato, porque sólo es un medio para asegurar la ejecución del contrato, una presión ejercida legítimamente por una de las partes sobre la otra para forzarla á ejecutar aquello á que está obligada (1).

¿Sería lo mismo si los obreros estuvieran ligados al patrón por un contrato colectivo? Esta cuestión no puede resolverse separadamente. La solución depende de saber si, en caso de violación de un contrato colectivo, corresponde á cada uno el derecho de obrar. Si se admite esta teoría, si se considera que los obreros han estipulado los unos por los otros, entonces hay que decir que, pudiendo cada cual obrar en caso de inejecución respecto de uno solo, en razón del interés moral que tiene en el cumplimiento del contrato, cada cual puede también ejercer presión sobre el patrón declarándose en huelga sin desahucio. Desde el momento que se admite, lo que no podríamos aquí discutir, que en caso de contrato colectivo, cada cual puede obrar, resulta necesariamente que cada uno puede por una retención de trabajo, asegurar un cumplimiento más exacto del contrato á su respecto ó respecto á los demás.

La inejecución puede aún asegurar á la parte que no es culpable un derecho más fuerte que una simple facultad de

---

(1) V. en este sentido la nota de M. Wahl (S. 1903. 1. 405), que va mucho más lejos.

retención. Puede darle el derecho de proceder de un modo especial. No tiene sólo el derecho de entablar la acción resolutoria del artículo 1184, ó de declarar resuelta la venta en el caso previsto por el artículo 1657, que no es más que una aplicación bajo otra forma del derecho del artículo 1184. El artículo 106 del Código de Comercio permite al porteador hacer vender las mercaderías rechazadas por el destinatario. No es éste un embargo ordinario, sino un embargo particularmente rápido, que asegura toda satisfacción al porteador contra un rechazo sin motivo.

Pero, en resumen, podría concebirse que, por medio de disposiciones especiales, un contratante pudiera tomar la ofensiva contra el otro en caso de no cumplimiento. Así, el Código de Comercio alemán, cuando el comitente no da instrucciones, otorga al comisionista la facultad de vender con ciertas formalidades los objetos consignados (art. 389). ¿Por qué no proclamar en general que el mandatario, el obrero encargado de un trabajo tiene el derecho de obrar en la forma más conveniente según las circunstancias? ¿Porqué no decir que no ejecutándose el contrato por una de las partes, y teniendo la otra en su poder objetos que le embarazan y cuya guarda es un estorbo, podrá venderlos después de un cierto plazo, previniendo al otro contratante si son de gran valor? ¿No es esto, por lo demás, lo que ha hecho la ley de 31 de marzo de 1896 sobre la venta de los objetos abandonados en los hoteles? Pero una ley especial es insuficiente. Pueden presentarse muchas hipótesis de la misma naturaleza: útiles abandonados por un obrero en el establecimiento del patrón, mercaderías dejadas en depósito temporal que no se reclaman, etc. Se impondría legislativamente la misma solución.

La situación respectiva de las partes contratantes puede todavía modificarse por medio de la hipoteca judicial, porque cuando ésta se concede á una persona, se encuentra con una garantía que no le había conferido la convención.

No tenemos para qué precisar aquí las condiciones con que se concede la hipoteca judicial, que han sido muy estudiadas. Podemos, sin embargo, constatar este punto importante: cuando una persona, por su mala voluntad, ha obligado á otra á adquirir un título ejecutivo, ve afectados sus bienes por una hipoteca judicial.

Hay que ir aún más lejos: una persona tiene hipoteca contra su deudor, no sólo cuando es acreedora de una suma fija que no ha sido pagada, sino aún cuando su crédito es el objeto principal de una sentencia condenatoria pronunciada contra el que no opone resistencia ninguna al pago mismo: así el tercero embargado ve afectados sus bienes por una hipoteca, á consecuencia de un fallo que valida la retención (V. Baudry et De Loynes, *Hypothèques*, II, núm. 1,231); lo mismo la hipoteca afecta al deudor embargado aún cuando el fallo de validez se pronuncie antes del vencimiento de su deuda. (Rennes, 12 enero 1891, D. 92.2.24).

O todavía condenado un mandatario á rendir cuentas, esta sentencia entraña una hipoteca judicial en favor del saldo que resulte de la cuenta. (Req., 19 agosto 1878, S. 79.1.29).

Podría deducirse de lo anterior esta fórmula general: siempre que, á propósito de una obligación, una persona ha

promovido un juicio, nacerá de la sentencia una hipoteca judicial. Sería, pues, una especie de pena impuesta al que ha dado causa al juicio, en cuanto sus bienes se verían afectados por una hipoteca, lo que es una traba para su enajenación. Sería, al mismo tiempo, un favor acordado al acreedor que ha litigado, porque tendría entonces un derecho de preferencia.

La jurisprudencia ha aplicado lógicamente esta idea negando el beneficio de la hipoteca judicial á las sentencias que nombran administradores ó consejos judiciales, ó á las resoluciones dictadas sobre expropiación forzada (1). Porque no se trata de una persona que por mala voluntad ha obligado á litigar á otra, sino de un acto administrativo ó de un contrato en la forma judicial.

Pero, por el contrario, la jurisprudencia niega también la hipoteca judicial á la sentencia que en una partición remite á las partes ante un notario para la liquidación, ó á la sentencia que somete á las partes á un árbitro (V. Cas., 18 abril 1855, S. 55.1.361.—París, 4 enero 1868, D. 62.2.136), lo que es ilógico, porque estas sentencias tienen también por punto de partida la mala voluntad del deudor, ó, por lo menos, pueden tenerlo. Otra cosa sería si tuviera interés en la comunidad un menor ó un interdicto.

Si hacemos abstracción de las dificultades de detalle, podemos constatar que un contrato se encuentra modificado y justificado en la ejecución á consecuencia de la hipoteca judicial, siempre que una de las partes, por mala voluntad ó negligencia, ha forzado á la otra á entablar un juicio. Así, el no cumplimiento del contrato no permite únicamente guardar una actitud defensiva. Puede dar una ventaja á la otra parte bajo la forma de una hipoteca judicial.

Otra ventaja puede conferirse al acreedor á pesar de las estipulaciones del contrato: el poder exigir el pago antes del vencimiento del plazo no sólo cuando es seguro, sino cuando puede presumirse que la otra parte no podrá cumplir á consecuencia de su quiebra ó insolvencia, ó por la disminución voluntaria de las garantías dadas (art. 1188). Es bien conocido el alcance de este artículo. Establece una exigibilidad de pleno derecho en caso de quiebra. En caso de insolvencia (1), ó de disminución de las concesiones (2), implica la necesidad de una demanda judicial. Lo que hay que constatar es que aquí todavía una de las partes va por sí sola á hacer modificar el contrato en su favor, para precaverse de un riesgo mayor que el previsto, es cierto. Pero siempre resulta que introduce un cambio en el contrato á pesar de la otra. Es el único punto que queríamos hacer notar en una teoría bien conocida que ha sido expuesta detalladamente por todos los autores.

SECCIÓN II

SITUACIÓN NUEVA PROVENIENTE DE CIRCUNSTANCIAS EXTRAÑAS Á LOS CONTRATANTES.

Cuando un contrato no responde exac-

(1) V. sobre este punto Aubry et Rau, IV, 5.ª edic., p. 424, notas 13 y 14.

(1) Cas. 30 marzo 1892 (D. 92. 1 281); Grenoble, 16 diciembre 1904 (D. 1906. 2. 401).— Cas. 6 febrero 1907, *Gaz. Pal*, 25 febrero.

(2) V. Baudry et Barde. II, núm. 1030; Aubry et Rau, IV, p. 228; Demolombe, XXV, núm. 701; Laurent, XVIII, núm. 415.

tamente al fin que las partes se han propuesto, á consecuencia de circunstancias ajenas á ellas, ¿puede legítimamente modificarse el contrato por la voluntad de una de las partes?

La pregunta es algo extraña á primera vista, y parece que un contrato una vez celebrado no puede modificarse porque cambien las circunstancias, lo que era casi fatal, que la unanimidad de los contratantes es tan necesaria como para la celebración misma del contrato, que la nueva cláusula que va á insertarse en una convención anterior no puede tener valor si no es aceptada por todos.

Sin embargo, esta cuestión es de actualidad.—¿Es verdad que los acontecimientos marchan más ligero en nuestra época, que las circunstancias se modifican con más rapidez? ¿O bien los hombres del día soportan con más dificultad el peso de una obligación de largo aliento? Poco importa, lo cierto es que son hoy más frecuentes los contratos de corta duración. En el momento en que se queda ligado, se entiende poder recobrar pronto su libertad. Los mismos tratados internacionales, sobre los puntos en que parecía que podían reglamentar las dificultades de una manera perpetua, se celebran sólo por un término muy breve. Las convenciones de La Haya sobre el derecho internacional privado, sólo se han celebrado por el plazo de cinco años, prorrogable por lo demás por tácita reconducción (V. especialmente la convención de 14 de noviembre de 1896). Estos ejemplos venidos de alto corresponden á un nuevo estado de los espíritus: se quiere poder hacer frente á las nuevas circunstancias. Se reserva, es el reinado de lo provisorio y de lo inestable, reinado también á veces de mayor bien y justicia. Si se examina los contratos modernos, aquellos en que más se manifiesta el espíritu de nuestra época, el seguro sobre la vida por ejemplo, llama la atención el margen que dejan á los interesados para plegarse á nuevas circunstancias, rescatando su póliza, obteniendo préstamos sobre ella, cambiándola por otra de menor valor. La misma observación se aplicaría á las operaciones de bolsa, especialmente á las ventas á prima.

Si no se plegara el derecho en una cierta medida á está nueva situación de hecho, faltaría á su misión. Sin duda, la modificación de los contratos se presta á objeciones. Corresponde principalmente á las partes preverla en una cierta medida, reflexionar sobre las situaciones que puedan presentarse. Pero no tomar en cuenta más que la voluntad de las partes, no dejar nada en el dominio de la ley, es aplicar muy duramente la máxima: *jura vigilantibus prosunt.* Es una regla muy conocida de la evolución del derecho que las cláusulas que responden á necesidades prácticas se introducen primero en los contratos por la feliz iniciativa de prácticas prudentes de contratantes previsores, después el legislador subentiende esta cláusula, sea porque ha llegado á ser frecuente, sea porque sin ser muy usada (no todos son prudentes y reflexivos), se encuentra en armonía con la equidad.

¿Porqué no podría entonces admitirse en ciertos casos que se modificara "la ley de las partes", que se pusiera en armonía con el medio transformado en que debe aplicarse? Los textos legislativos mismos no son perpetuos. Es raro celebrar el centenario de un código. Algunos piden aún, y España lo ha intentado, que los Códigos sean objeto de revi-

ciones periódicas. Si se impone una constante adaptación para las leyes votadas por el Parlamento, con cuanta mayor razón es á menudo necesaria cuando se trata de los contratos, esas pequeñas leyes frecuentemente tan obscuras, adoptadas con más apresuramiento que las otras.

Esto no es decir, sin embargo, que todos los contratos puedan modificarse en un momento dado bajo la presión de los acontecimientos exteriores sin el consentimiento unánime de las partes. Se imponen distinciones en que hay que tomar en cuenta la naturaleza de cada contrato, el fin que persigue, su duración.

Los contratos pueden, en primer lugar, ser traslativos de derechos preexistentes en el sentido de que una de las partes, por el contrato, abdica inmediatamente en favor de la otra todos los derechos que tenía anteriormente: es lo que sucede en el contrato de venta, en la permuta, y más á menudo en la donación ó la transacción. Siempre que en estos contratos se trata de una dación, ya verse sobre la propiedad, sobre un derecho real ó sobre un crédito preexistente, el contrato hace adquirir derechos inmediatamente ó en un plazo breve, según que se trate de un cuerpo cierto ó de una cosa genérica. El que adquiere estos derechos puede encontrarse afectado, lesionado mejor dicho, á condición de no tomar este término en su sentido técnico. Pero no será protegido por una modificación del contrato. En efecto, ejecutado este último en un breve plazo, no se concibe un cambio de circunstancias que exija para el futuro una modificación de la convención, tanto más cuanto que hay que suponer, para tenerlo en cuenta, que se produce antes de la completa ejecución de las prestaciones debidas. Porque después el contrato está extinguido, es intangible.

Si tiene lugar un cambio, el que es víctima de él puede reprocharse el no haberlo pensado y no haberlo considerado por medio de una condición resolutoria. No puede reprocharse á una persona que no sea astrólogo, que no pueda leer el porvenir, pero es demasiado imprudente si no mira á sus piés. Y si el cambio es imprevisto, es, en suma, el riesgo inherente á la vida, que no puede suprimirse completamente. Si las mercaderías que ha comprado sufren una depreciación por una baja repentina, no puedo pedir la devolución de parte alguna del precio. Aquí, pues, no cabe modificación del contrato.

Si una de las partes está protegida contra las consecuencias desastrosas que puede producir, será porque tiene un vicio desde su origen: error, dolo, lesión, ó que la otra parte ha faltado á una de sus obligaciones, lo que la obligará á pagar una indemnización, en virtud del ejercicio de la acción de cumplimiento del contrato ó de la acción de garantía.

Cuando el contrato no es traslativo de derechos, cuando es creador de derechos que no existen ni aún virtualmente, el contrato dura todavía, tiene una vida, deberá adaptarse á las nuevas circunstancias que se produzcan, seguir, en una palabra, la ley de la vida. ¿Será esto posible siempre sin el consentimiento de los contratantes? No. Hay que hacer distinciones.

I

Entre los contratos hay, en primer lu-

gar, algunos que se podría designar con el término general *contratos de ayuda ó de encargo*. Son aquellos por los que una persona contrata con otra para la ejecución de un trabajo que requiere ciertas condiciones, de que ella carece, de capacidad técnica, de competencia comercial, ó aún simplemente de residencia. Es la hipótesis del comerciante que hace tratar un negocio por intermedio de un comisionista, de una persona que tenía un mandatario, de una persona que busca un arquitecto para encargarle la construcción de una casa, de un patrón que contrata un empleado ó un obrero; de un cargador que hace transportar mercaderías.

En estos diversos contratos: comisión, mandato, arrendamiento de servicios, etc., el que encarga á otro la ejecución de un trabajo en su propio interés, tiene el derecho de modificar por su sola voluntad las condiciones en que debe ejecutarse el trabajo. Ciertamente, no puede modificar el precio, disminuirlo, cuando ha prometido expresa ó tácitamente una remuneración determinada. No podría tampoco hacer ejecutar á su auxiliar, cualquiera que sea el nombre que se le dé, un contrato diferente, una obligación totalmente distinta de la convenida.

Pero encontramos aquí la especialidad de que uno de los contratantes puede modificar en una cierta medida los actos de que se ha encargado el otro. Esto se explica fácilmente.

En el hecho, cuando una persona comienza ella misma un trabajo, la concepción justa de la manera de ejecutarse no sale súbitamente y de una manera completa de su cerebro, como salió armada Minerva del cerebro de Júpiter. El pintor busca frecuentemente sobre la tela el efecto que ha de dar, los colores que se armonizan entre sí. Lo mismo sucede con todos los trabajos. El que encarga la construcción de un edificio, no puede formar un plan *ne varietur:* nuevos arreglos, modificaciones diversas le vendrán al espíritu mientras el trabajo esté en vías de ejecución, y tendrá el derecho de pedir que se tengan en cuenta sus deseos. Sin duda, no podría imponer un cambio total: habiendo convenido en la construcción de un granero, querer que se edifique una casa habitación. Pero podrá en el interior de un edificio hacer cambiar una puerta, modificar las dimensiones de una abertura, etc.

Esta posibilidad de modificar, de tener ideas nuevas durante la ejecución de los trabajos es tan verdadera, que la presuponen dos artículos del Código. Primero, el artículo 1794, según el cual el interesado puede resolver por su sola voluntad del contrato á precio alzado, aunque la obra esté ya comenzada, indemnizando al empresario todos sus gastos y trabajos y lo que habría podido ganar en esta empresa (1). Es principalmente el artículo 1793 el que prevé los cambios y aumentos hechos en el plan y no permite al empresario á precio alzado, pedir un suplemento, salvo si los cambios ó aumentos han sido autorizados por escrito y se ha convenido el precio con el propietario (2). Estas disposiciones demues-

(1) El Código Civil alemán (art. 649) contiene la misma regla. Lo mismo el Código federal de las obligaciones (art. 369).

(2) Se puede recordar el artículo 359 del Código federal de las obligaciones, que habla de «las órdenes dadas contrariamente á los avisos formales del empresario». El propietario puede, por lo tanto, dar órdenes, aunque parezcan no razonables, al que las ejecuta.

tran claramente que el que encarga los trabajos duede hacerlos modificar por su sola voluntad, sin que los aumentos y su precio hayan sido objeto de una convención. Este derecho, que se admite en la práctica corriente, los términos mismos de la ley y del lenguaje ordinario, fortifican esta idea. En la mayor parte de los contratos que he considerado, el que puede modificar por sí sólo los términos del contrato, lleva un nombre expresivo: *maître;* lo emplea el artículo 1481 para el arrendamiento de criados y obreros, y lo emplea también el artículo 1788. ¿Y no despierta este término la idea de que en la convención una de las partes, sin ser hoy (1) jurídicamente mejor tratada que la otra, desempeña, sin embargo, un papel de jefe, que tiene el derecho de prever las eventualidades y de proveer á ellas, conservando, en una palabra, el derecho de administrar su cosa?

Hay que deducir ahora de estas constataciones, consecuencias prácticas. Como en todas partes, las reglas de derecho se deducen de los hechos. Puede decirse que no son sino su trasposición.

En los diversos contratos que examinamos, habrá posibilidad para aquella de las partes que encarga á otro un trabajo, de modificar sus órdenes primitivas en cuanto á la ejecucion del trabajo.

Desde luego, podremos aplicar de una manera general el artículo 1704 (1). Porque existe en todos los casos la misma razón que indicaba Pothier *(Du louage*, núm. 440), puesto que puede cambiar la situación del patrón. Aplicaremos, pues, este artículo al que ha celebrado un contrato que no sea por un precio alzado, como lo admitía ya Pothier (2).

Habrá que extender la misma solución al caso en que una persona ha encargado á otra un trabajo y en que el obrero debe proporcionar al mismo tiempo el servicio y la materia. Se ha discutido mucho, sin duda, en semejante caso para saber si no se trataba de una venta de cosa futura. Pero esta cuestión nos parece mal presentada, por lo menos aquí. No nos hallamos, como en derecho romano, en presencia de diversos contratos que constituyan como una serie de casos separados, de tal suerte que la convención, para ser válida, debe necesariamente entrar en una de ellas. Una convención puede participar á la vez de la venta y del arrendamiento. Hay que ver en cada caso, según las consideraciones prácticas, la regla que más conviene. La misma razón para solucionar la dificultad en un sentido favorable al patrón existe, cuando se celebra un contrato de arrendamiento ordinario, ó un contrato en que se encarga una obra ó trabajo; ya se califique nuestra convención de arrendamiento ó venta, hay que conceder al patrón un derecho que, por otra parte, no perjudica al empresario (3).

---

(1) No daremos como razón, como M. Colmet de Santerre (VII, núm 247 *bis* I), que el artículo 1794 es la aplicación de un principio general, el del artículo 1184. Porque esta disposición no acuerda el derecho de resolución sino al acreedor cuyo deudor no cumple, y no al que no quiere cumplir. El artículo 1794 no se relaciona con el artículo 1185 sino en cuanto da á aquél para con quien no se cumple un derecho á indemnización de daños y perjuicios.

(1) No sucedía lo mismo antes de la ley de 2 de agosto de 1868, que ha derogado el artículo 1781 del Código Civil.

(2) V. *Du louage*, núm. 540; Guillouard, *Louage*, II, núm. 804; Huc, X, núm. 430.—*Contrà*, Laurent, XXVI, núm. 18; Baudry et Wahl II, 2.ª parte, p. 1,175.

(3) V. Cas., 27 abril 1870, S. 72.1.81., sol.

El artículo 1793, menos claro, es cierto, que el artículo 1794, completa los derechos del propietario. Hace alusión á modificaciones ó aumentos de plan que no hubiese aceptado por escrito. Sin duda, no dice directamente que pueda obligar á hacerlos al empresario; pero esto se considera como práctica constante. ¿Qué empresario pretendería que no pueden introducirse cambios en su plano? Acepto que sobre este punto haya una especie de consentimiento tácito dado de antemano; pero también es cierto que este contrato es de una naturaleza diferente de los demás y que su naturaleza engendra consecuencias especiales. Y este derecho de modificar los planos debe, como el anterior, recibir una aplicación extensiva. Existirá no sólo en el caso de contrato por un precio alzado, sino en todos los otros casos y aún en el caso de encargo de un trabajo á un obrero que debe suministrar el trabajo y la materia.

Una vez salidos de los términos estrictos del texto, nada nos impide ir más lejos y generalizar. ¿Porqué no extender la facultad del artículo 1794 á todos estos contratos que he llamado de ayuda? Las razones prácticas son las mismas. ¿Por qué no osar afirmar sobre un punto nuevo no reglado por la ley sino cuando existe una disposición que se le acerca?

En el contrato de arrendamiento de duración determinada, el patrón podrá pues despedir á su obrero cuando le plazca: si renuncia, por ejemplo, al trabajo para que lo ha contratado. ¿Se concebiría, en efecto, que el obrero dijera al patrón: después de haber reflexionado Ud. renuncia al trabajo para que me ha contrado, pero yo tengo el derecho de ejecutarlo, de continuar haciéndolo, aunque á Ud. no le convenga? Presentar esta cuestión, es resolverla. Nadie pensaría en objetar que nos hallamos fuera de los casos en que la obligación se resuelve en la indemnización de daños y perjuicios, en conformidad al artículo 1142, puesto que no hay ningún ataque á la libertad del patrón.

La solución que proponemos no presenta, por lo demás, ningún inconveniente para el obrero, puesto que tendrá derecho entonces á una indemnización que represente "todo lo que habría podido ganar en la empresa". Podrá obtener no sólo la indemnización que represente el plazo de desahucio. Tendrá el derecho de hacerse pagar una suma en mucho superior.

Por otra parte, llegamos á una solución más lógica. El obrero contratado por cierto tiempo puede negarse á cumplir su compromiso, y no se le puede forzar á ello (art. 1142 ; por el contrario, si el patrón declara que no quiere emplear á tal obrero, se le podría obligar á recibirlo, porque no hay en ello ningún ataque á su libertad personal.

¿En qué se afecta la libertad de un patrón si entre cien obreros que emplea, hay algunos que no quisiera admitir? Esto explica porqué los autores no se atreven á afirmar francamente que el patrón no puede poner término al arrendamiento de duración determinada, sino que dicen simplemente que no puede hacerlo sin pagar daños y perjuicios (1).

---

implic.—Gillouard, II, 805; Aubry et Rau, IV, p. 528.

(1) V. Baudry et Wahl, *Louage*, II, núm. 1462. V. en nuestro sentido, Rennes, 14 enero 1895, S. 96.2.16.

En cuanto al arrendamiento sin duración determinada, no tenemos necesidad de insistir en él, pues la ley ha declarado expresamente (art. 1780, nuevo) que "el arrendamiento de servicios celebrado sin determinación de plazo puede siempre cesar por la voluntad de una de las partes contratantes".

Aquí se va aún más lejos, y la voluntad de cesar en el trabajo sería considerada por la jurisprudencia como un motivo legítimo de despedida que no da lugar á indemnización de daños y perjuicios y obliga solamente á observar el plazo de desahucio.

Pero ya sea el arrendamiento de duración determinada ó indeterminada, además del derecho de ponerle fin, el patrón tiene siempre el derecho de modificar el trabajo en que emplea al obrero, á condición de no emplearlo en un trabajo totalmente distinto. Si una persona contrata con unos obreros la construcción de una muralla, puede obligarlos á que la hagan más alta ó más ancha, si esto le conviene. Hay aquí para el patrón un derecho análogo á que alude el artículo 1793, cuando se trata de una empresa de construcción por un precio alzado.

Las ideas que aplicamos al arrendamiento de duración determinada deben aplicarse también al contrato de trasporte.

El que remite una mercadería es también una persona que hace ejecutar un trabajo por otro. Puede hacerlo continuar en forma diversa que la convenida al principio. Puede, pues, cuando una mercadería se encuentra en camino cambiar el destino indicado primitivamente, designar otro destinatario, transformar en expedición de gran velocidad una expedición de pequeña velocidad (1); hacer volver las mercaderías al lugar de la partida. Pero en estos casos deberá pagar el precio íntegro del trasporte encomendado (2). Usando de esta facultad de cambiar el destino de las mercaderías y el destinatario, es como puede prácticamente el vendedor de mercaderías usar del derecho de recobrar las mercaderías en viaje que le reconoce el artículo 576 del Código de Comercio.

Desde el punto de vista internacional, este derecho del remitente ha sido consagrado por la convención de Berna de 14 de octubre de 1890 (arts. 15 y 24) (3).

Agreguemos que desde el punto de vista de la práctica francesa, no se pone en duda el derecho del remitente de modificar el contrato. "La Compañía mandataria del remitente debe conformarse á las órdenes de éste, y especialmente no puede entregar las mercaderías al destinatario cuando consta que se lo ha prohibido el remitente". (Cas., 15 nov. 1893, D. 94, 1.273). El único punto controvertido es el de saber si este derecho no pasa del remitente al destinatario, por lo menos á partir del momento en que éste tiene el recibo en sus manos (4). Pero, ya sea lo uno ó lo otro, siempre se aplica la idea que indicamos.

También se aplica en el extranjero. El artículo 453 del Código suizo dice que el remitente tiene el derecho de retirar la

(1) V. Lyon—Caen et Renault, III. núm. 584, pag. 463.

(2) V Cas., 16 junio 1879, S. 79. 1. 378.

(3) V. Lyon—Caen et Renault, III, núm. 862 bis y Trib. Com. Sena, 17 junio 1897, Clunet 1898, p. 770.

(4) V. Sarrut, nota sobre el fallo antes citado; Lyon—Caen et Renault, III, núm. 584; Thaller, núm. 974.—Cf. Cas., 9 dic. 1873, S. 74. 1. 35.—Rouen, 9 dic. 1847, S. 48. 2. 204.

mercadería mientras está en manos del porteador, indemnizándolo de los desembolsos y del perjuicio que le causa este retiro. Es cierto que se le priva de este derecho en ciertos casos. Pero, entonces el porteador debe seguir las instrucciones del destinatario. El Código de Comercio alemán dice también, artículo 433 (antiguo art. 402) "que el remitente puede ordenar que se guarde la mercadería, que se la devuelva, ó que se la entregue á otra persona que al destinatario". El artículo 434 indica que á partir de un cierto momento el porteador debe seguir las instrucciones del destinatario. Las mismas soluciones se reproducen casi textualmente en el Código de Comercio húngaro (arts. 404 y 406).

Las mismas ideas deben extenderse al contrato de mandato, ó al contrato de comisión, que no es más que una variedad del mandato. El que hace tratar un negocio por un mandatario ó un comisionista debe permanecer dueño del negocio. Puede, pues, en cualquier momento modificar el mandato dando nuevas instrucciones, con tal que no llegue, con el pretexto de las modificaciones, á imponer un nuevo mandato totalmente distinto. Así, el mandante podrá dar al mandatario la orden de vender más caro ó en mejores condiciones que las convenidas anteriormente, ó la orden de vender al contado, ó de exigir garantías.

En virtud de estas mismas ideas los artículos 2003 y 2004 indican y precisan el derecho del mandante para revocar el mandato cuando le parezca: la revocación y la modificación del mandato son cosas muy análogas para que se las pueda separar por completo al estudiarlas. Y los trabajos preparatorios nos demuestran que se aplica siempre la misma idea: "cuando un hombre confía á otro sus intereses, dice la exposición de motivos, se subentiende siempre que éste durará en el encargo mientras continúe la confianza que se le ha concedido, porque el mandante no enagena ni á perpetuidad ni aún temporalmente el pleno ejercicio de sus derechos".

Si este artículo 2004 no es una regla excepcional, sino que es aplicación de un concepto general de ciertos contratos impuesto por los hechos mismos, nos explicamos mucho más fácilmente que el mandatario despedido pueda en ciertos casos tener derecho á indemnización de daños y perjuicios (1). Hemos visto que en el contrato de arrendamiento, en el trasporte, el que pone fin al contrato por su sola voluntad está obligado á pagar una indemnización. ¿Por qué no sería lo mismo en el mandato? Sin duda no puede pretenderse derecho á una indemnización cuando el mandato se da sólo en interés del mandante. El mandatario libertado de la carga que había aceptado gratuitamente no sufre ningún perjuicio. No hay que pagarle lo que habría podido ganar, puesto que prestaba un servicio gratuito.

Tampoco podría haber cuestión cuando el mandatario no ha querido ejecutar su mandato y cuando se ha cometido faltas, porque el mandante podría prevalerse contra él del artículo 1184, y haciendo declarar resuelto el mandato, obtener indemnización de daños y perjuicios. Pero, en todos los otros casos llegaremos á una condenación á indemnización. Aún cuando el mandante tenga justas razones para revocar el man-

(1) V. *Contrà*, Baudry et Wahl, *Mandat*, núm. 812.

dato: disminución de sus ocupaciones, deseo de intervenir personalmente, estará obligado á la indemnización.

Nos separamos aquí de la teoría, enunciada á menudo por la jurisprudencia (1) y reproducida por diversos autores (2), según la cual el mandato dado á la vez en interés del mandante y del mandatario, no puede revocarse sino por su mutuo consentimiento. Esta solución es falsa. Es contraria al artículo 2004, que da al mandante un derecho absoluto. Además, es contraria á las necesidades prácticas. Confiero un mandato en mi interés y al mismo tiempo en el de mi mandatario. Yo no podría revocarlo, aunque no quisiera ejecutar acto alguno! He dado poder para vender mi casa, después no quiero venderla, y sin embargo, debería venderla si mi mandatario encuentra un comprador! ¿En qué queda la idea de los redactores del Código: "el mandante no enajena ni á perpetuidad, ni temporalmente el ejercicio de sus derechos", si puede declararse imposible una revocación?

La solución admitida por los autores es en sí misma tan poco satisfactoria, que después de haberla enunciado, agregan que se puede revocar libremente el mandato remunerado.

Así, pues, el contrato de mandato remunerado es en el exclusivo interés del mandante. ¿Cómo defender semejante apreciación? Un individuo es mandatario, los emolumentos que á este título recibe son su única ganancia ó sólo son un suplemento de sus recursos, y se dice que este mandato no se da también en su interés.

Puede comprenderse, es cierto, de otra manera el interés en materia de mandato. Puede tomarse en cuenta no el interés en el mantenimiento del contrato de mandato, sino el interés en la operación para que se ha dado el mandato: como en el mandato dado por un copropietario á su copropietario para vender el inmueble común. Pero en semejante caso, ¿no se trata de un acto que se acerca más á la sociedad que al mandato? ¿No hay un contrato muy diferente del mandato ordinario?

Llegamos, pues, á una teoría mucho más sencilla: en vez de tener mandatos á veces irrevocables, á veces revocables con ó sin indemnización de daños y perjuicios, admitimos que todo mandato es revocable, mediante indemnización de daños y perjuicios cuando haya lugar (1).

En cuanto al punto de saber si el mandante puede establecer en la convención que podrá siempre revocar sin indemnización de daños y perjuicios, esta cláusula será válida en la medida en que se admite que se puede por convención exonerarse de las consecuencias de su culpa. Es decir que será válida, salvo si se probare que el mandante ha procedido con dolo.

Las soluciones que aquí damos deben todavía aplicarse á un contrato que no ha reglamentado la legislación francesa, pero que no es ménos importante: el contrato de edición. Cuando el autor de una obra artística y literaria se obliga á en-

(1) Cas. 6 enero 1873, S. 73. 1. 24.—Cas.. 13 mayo 1885, S. 87. 1. 220; 11 febrero 1891. S. 91. 121.

(2) V. Planiol. t. II, núm. 2257; Guillouard, *Mandat*, núm. 216.

(1) Véase el artículo 167 del Código Civil alemán, según el cual el mandato es siempre revocable, aún cuando continúen relaciones jurídicas entre las dos partes, á menos que del poder resulte lo contrario.

tregarla á un editor que la hará publicar, el autor debe tener el derecho de modificar su obra, de introducir en ella todos los perfeccionamientos deseables para que el público tenga ante él la expresión de su último pensamiento. A este respecto el Código federal suizo de las obligaciones dice en el artículo 379: "Mientras sus facultades se lo permitan, el autor conserva el derecho de introducir en su obra las correcciones y mejoras que juzgue necesaria. Si impone con ello al editor gastos imprevistos, debe cubrírselos" (1). Esta solución equitativa nos parece que también se impone en derecho francés (2).

Iremos aún más lejos en este orden de ideas. El autor tiene siempre sobre su obra un derecho tal, que podría antes de que se ponga en venta la edición, atajar su publicación si está descontento de su obra y no quiere entregarla al público (3). Pero en este caso todavía el derecho del autor se verá prácticamente limitado por el derecho del editor para ser indemnizado del perjuicio que sufre y del beneficio de que se le priva.

Tales son las reglas particulares que nos parece que se imponen en lo que he llamado contratos de ayuda, nos parece que corresponden á la realidad. Hay personas que en la vida moderna, á pesar de nuestro sistema de igualdad jurídica, son jefes, ejercen una influencia, son como el centro nervioso de una actividad potente: que estén á la cabeza de tal ó cual clase de establecimientos, que tengan ó no las cualidades para dirigir, poco importa, habrá siempre dirigentes. El molde jurídico de las convenciones debe ser suficientemente plástico por ciertos lados para permitirles en los contratos que celebran para hacerse ayudar, asegurar una dirección bastante precisa á las diversas ramas de actividad á que se entregan, para que les sea posible abarcar un conjunto de negocios y hacer sentir en ellos continuamente su voluntad. Así debe ser, salvo la limitación de esta facultad de ordenar para evitar los abusos, y el establecimiento de una responsabilidad correlativa. ¿No es inútil, con el pretexto de asegurar una igualdad que no existe, querer establecer reglas de derecho sin relación con las necesidades prácticas y que hay que desconocer cada día?

Hemos hablado de la responsabilidad correlativa al derecho de ordenar en caso de ruptura del contrato; digamos una palabra del límite de este derecho en caso de simple modificación.

El derecho de modificar el contrato nos parece encerrado en ciertos límites, no puede imponerse al contratante un suplemento de trabajo fuera de todas sus previsiones posibles, para el que no está preparado. No puede imponerse á un acarreador por agua que trasporte mercaderías á una localidad á donde nunca envía barcos, á un mensajero que envíe á Marsella un paquete dirigido á Lyon. A lo más se le puede pedir que haga lo posible: que se convierta en comi-

---

(1) V. en este sentido Trib-Sena, 15 julio 1874, *Ann. propr. ind.*, 75.184.

(2) Cf. Pouillet, *Propiété littéraire*, núm. 297, p. 251.

(3) En este sentido el Tribunal del Sena ha resuelto el 28 de agosto de 1868 (*Ann. propr. ind.*, 70.306), que los herederos de un compositor que había prometido escribir la música de ciertas escenas, pueden negarse á entregarla si el músico ha muerto sin haber terminado su trabajo y si ha querido que no se publique.

sionista de trasporte. Lo mismo sería imponer á un arrendatario nuevas diligencias, á un editor agregar al texto grabados para cuya confección no está preparado.

Queda por resolver un último punto. Cuando una persona hace uso del derecho de modificar el contrato que le hemos reconocido, sin resolver sin embargo la convención, ¿puede la otra parte por este hecho reclamar un suplemento de remuneración? El artículo 1793 da al empresario derecho al precio convenido como suplemento, cuando éste ha sido convenido por escrito. Pero esta regla de forma nos parece excepcional. No puede admitirse que una de las partes esté obligada á someterse á condiciones diferentes, ó á un suplemento de trabajo, sin poder reclamar un suplemento de precio, por falta de una convención escrita á este respecto. Creemos que tendrá derecho á una suma fijada según la equidad y los usos.

El comisionista que venda más caro tendrá derecho á su comisión por el aumento, el portador á quien se exija que cambie el destino de las mercaderías tendrá derecho á un aumento por el recorrido suplementario (1), el editor á quien se impongan modificaciones del texto, se hará pagar en proporción de la importancia del trabajo suplementario así ejecutado.

Naturalmente este derecho á remuneración no existiría si la modificación impuesta al otro contratante, léjos de serle onerosa, le fuera por el contrario ventajosa, si se modificara el trabajo á precio alzado para disminuirlo, el trasporte para acortarle; todavía sería necesario que no resultara un perjuicio indirecto para el contratante que recibe la orden, si por ejemplo la modificación fuera de tal naturaleza que hiciera creer en su incapacidad profesional.

Pero el que modifica sus órdenes ¿es responsable de todo el perjuicio? Si habiendo contratado un obrero por diez horas de trabajo no lo emplea sino nueve, ¿debe el tiempo suplementario? Lo mismo si, habiendo ocupado un mandatario para un negocio que demoraría un mes, lo empleó menor tiempo?

Parece imponerse una distinción. Si el empleado tiene la posibilidad de encontrar un empleo en otra parte: si por ejemplo un empresario que ha tomado un trabajo que debía durar seis meses no trabaja sino cinco, á consecuencia de una reducción del plano, no podrá hacerse remunerar por el tiempo durante el cual pretenda que su personal y él han permanecido inactivos, porque en general ha podido encontrar otra ocupación. Si por el contrario un patrón da á sus obreros horas de descanso no previstas porque ha calculado mal la organización de su trabajo, y éste no puede hacerse con regularidad, el patrón es responsable de la pérdida de salario que sufren así los obreros, pues el obrero contratado para trabajar diez horas que no trabaja más que nueve, no puede ir á ganar en otra parte un suplemento de salario, por lo menos en general.

Habrá que dar soluciones análogas en los otros contratos. Si el mandatario ha hecho ya desembolsos para la ejecución del mandato, ó el empresario para la ejecución de la obra, tendrá derecho á ser indemnizado, al mismo tiempo que

(1) En este sentido el Código de Comercio alemán de 1896, artículo 433, establece que si el remitente cambia el destino de las mercaderías, abonará los gastos al porteador.

estará obligado á sufrir una reducción en la remuneración por el trabajo revocado.

Pero se limitará á estos contratos la posibilidad de modificar fácilmente la forma de ejecución del contrato por voluntad unilateral. Sin duda puede decirse que todo contrato no es más que un medio para llegar á un fin más lejano, que puede abandonarse ó concebirse de una manera diferente. Si compro una casa en tal ciudad, es porque quiero habitar en ella. Yo puedo renunciar á ello, ó desear habitar un inmueble distribuído en forma distinta. Pero aquí la situación es diferente: yo no puedo devolver la casa á mi vendedor, porque la obligación ha sido ejecutada por su parte instantáneamente, y aún cuando no lo fuera (si se tratara por ejemplo de una cosa genérica cuya propiedad no se trasfiere inmediatamente) siempre sería lo mismo. ¿Porqué? Es que no parece en general posible hacer aquí lo que acabamos de ver que ocurría: modificar el contrato sin afectar lo principal. Además, socialmente la situación no es la misma; el comprador no pretende estar ligado al vendedor por un lazo que cree una verdadera subordinación de éste. El derecho debe ante todo tomar en cuenta los hechos, de los cuales no es más que la transposición.

II

Otra serie de contratos que pueden modificarse sin el consentimiento unánime de todos los contratantes, son los que han tenido por resultado la creación de un organismo especial, personificado ó no, poco importa. Este organismo para vivir debe adaptarse al medio. No puede funcionar sino plegándose á las circunstancias nuevas que pueden presentarse.

Esta evolución necesaria que imponen las leyes de la lucha por la vida aplicables á los organismos jurídicos como á los seres vivientes, viene á chocar con el viejo principio individualista y á veces muy sabio del artículo 1135: las convenciones son ley para las partes.

Entre estas dos ideas, la una progresista, la otra conservadora, la lucha no sigue de la misma manera en todos los terrenos. Hay que distinguir en efecto por una parte los contratos en que todos los interesados tienen derechos de la misma naturaleza, y por otra parte aquellas en que algunos de los interesados tienen derechos diferentes de los demás.

La primera hipótesis se encuentra en el contrato de sociedad ó el contrato de asociación. La segunda se ve cuando hay donación con carga ó concordato.

Cuando se trata de un organismo resultante de un contrato en que todos tienen derechos de la misma naturaleza, lo que yo llamaría un *contrato de colaboración igualitaria*, la modificación de este contrato aparece como más fácil desde que la quiera una mayoría que se imponga.

Si importa que un contratante no se halle sometido á la voluntad de una mayoría que puede estar mal inspirada, es preciso á la inversa que la obstinación de uno solo no sea obstáculo á una transformación indispensable, á una adaptación á una situación nueva. Así se ven ya algunos puntos de emergencia de una teoría nueva.

Si tomamos por de pronto la sociedad tal como la reglamenta el derecho francés, encontramos el artículo 1871 que

establece un remedio radical cuando su constitución no responde á las circunstancias. Es éste un caso de disolución cuya legitimidad y gravedad se dejan al arbitrio de los jueces. Pero es la muerte de la sociedad y no su curación (1).

De los poderes de la mayoría, no dice nada. Según el artículo 1859 un asociado puede ver impedido el acto que quería ejecutar por la oposición de otro, no puede hacer innovaciones en los inmuebles que dependen de la sociedad, aun cuando sostenga que son ventajosas, si los demás asociados no consienten en ellas.

Sólo el artículo 1856 da una nota un poco diferente; el asociado nombrado gerente por los estatutos puede ser revocado por causa legítima mientras dura la sociedad. Hay en este una modificación de los estatutos que tendrá lugar sin el consentimiento de todos, porque es probable que se oponga el gerente. Por otra parte, el artículo indica que el gerente nombrado por acto posterior al contrato de sociedad puede ser revocado como un simple mandatario. No es sin duda esta inovación una verdadera modificación del pacto social, pero es sin embargo un acto capital para el funcionamiento de la sociedad para el cual la ley no exige la unanimidad. Habría en esto tal vez una nota discordante, si no fuera la aplicación de la regla de que el mandato puede revocarse como se ha dado. Hay sin embargo una diferencia; que el socio gerente es á la vez mandatario y mandante, lo que no impide que no tenga efecto su oposición á la revocación del mandato. Hay pues un mandato que no es revocado por la unanimidad de los mandantes. Y esto está de acuerdo con la teoría que hemos expuesto, á saber, que el mandato dado en un interés común puede revocarse como los otros.

Encontramos en la interpretación del Código Civil otra tendencia. Cuando el gerente no es designado por el acto de sociedad y como tal es revocable como un mandatario, la doctrina admite que bastará para revocarlo la voluntad de la mayoría (1) y aún algunos dicen que uno solo de los asociados. La mayoría va pues á suprimir lo que necesariamente ha debido ser decidido por unanimidad, puesto que todos eran antes gerentes (2).

Se va más lejos. Se admite, á pesar de los disentimientos, que nombrado gerente un extraño por los estatutos, su nombramiento no participa de la irrevocabilidad de los estatutos, que puede ser revocado por la mayoría. En esto hay incontestablemente una modificación del pacto social (3).

Así pues los civilistas mismos reconocen un cierto derecho á la mayoría para modificar un artículo de los estatutos, el relativo á la gerencia confiada á un extraño.

Hay que relacionar con esta idea el artículo 539 del Código suizo, según el cual el poder de administrar conferido á uno de los socios por el contrato de sociedad, no puede revocarse ni restringir-

(1) El mismo espíritu individualista se encuentra en los códigos extranjeros recientes: el Código de Comercio alemán, el Código Federal suizo de las obligaciones. El primero especifica aún que para los actos graves se exige el consentimiento de la unanimidad de los asociados (art. 103).

(1) V. Aubry et Rau, IV, p. 562; Laurent XXVI, n.° 306; Guillouard, n.° 135.

(2) Pont, *Societé* n.° 511; Planiol, II, n.° 2006.

(3) V. Guillouard, n.° 136; Pont, n.° 498.— *Contra*, Laurent, XXVII, n.° 304.

se sin justos motivos. Si hay justos motivos, la revocación puede hacerse por cada uno de los otros socios no obstante las disposiciones contrarias del acto de sociedad.

Puede pues modificarse la organización de una sociedad en ciertos puntos sin el consentimiento de todos.

En un segundo caso tiende á aparecer como permitidos los cambios en las bases de las pequeñas sociedades como cuando se trata de mantener el agrupamiento entre los asociados; que quedan, habiendo dejado uno de ellos la sociedad, voluntaria ó involuntariamente. Evidentemente una cláusula de los estatutos podría haber contemplado este caso, y sería entonces observada (V. Thaller, p. 240, nº 436). Pero supongamos que no sea así. Se manifestará sin duda la tendencia de permitir á los que quedan, si todos lo quieren, escapar á una liquidación pagando al dimisionario el valor de su parte, lo que evita la venta, la dispersión de los bienes sociales indispensables para continuar la sociedad. Pero, hay que notarlo, es una verdadera modificación á los estatutos que va á producirse sin el consentimiento de todos.

La jurisprudencia francesa, teniendo poco en cuenta los términos del artículo 1869, ha admitido ya esta teoría cuando un asociado sale de una sociedad de duración ilimitada. Considera que basta que pueda ceder su derecho (V. Chambery, 20 febrero 1903, *Le Droit*, 20 abril). Pero esta solución que se ha encontrado justa para las sociedades de duración ilimitada, lo sería también para otras cuando un gerente, por ejemplo, debe retirarse de la sociedad si una falta ó su enfermedad justifican esta medida.

Pero poniendo aparte estos dos casos, las modificaciones de los estatutos de las sociedades de personas no se imponen á los que no las quieren. Los comercialistas no han acentuado estas tendencias en las sociedades comerciales de personas.

Admiten que todo gerente nombrado por los estatutos, aunque no sea socio, es irrevocable ó no puede ser revocado sino por todos los asociados (1).

En el extranjero la ley prevé á este respecto que los estatutos pueden dar á la mayoría poderes especiales (Código Civil alemán, art. 712. Cf. C. com. art. 119, Código suizo art. 532). Por otra parte si la mayoría puede á veces revocar al gerente, es justo que el gerente pueda renunciar. Esta contra-parte ha sido considerada por el Código Civil alemán (art. 712). "El asociado puede renunciar la gestión de que está encargado cuando tiene un motivo serio".

Si llegamos á las sociedades por acciones, se presenta un cuadro enteramente nuevo; la opinión según la cual, salvo cláusula especial de los estatutos, la asamblea extraordinaria de accionistas no puede modificar el pacto social, aunque defendida por eminentes autores (2), está hoy generalmente abandonada (3). La doctrina y los tribunales admiten que la asamblea general extraordinaria puede modificar los estatutos. La célebre sentencia de la Corte de Casación de 30 de mayo de 1892 ha afirmado que corresponde á las asambleas generales delibe-

(1) Lyon-Caen et Renault, II, n.º 254; Thaller, n.º 399.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. II, núm. 864.

(3) V. Thaller, núm. 690; Appleton, *Assemblées extraordinaires des sociétés par actions*, y Cas., 30 mayo 1892, D. 93.1.105.

rar soberanamente sobre las modificaciones de los estatutos.

Las disposiciones sobre las sociedades por acciones no se encuentran en oposición con esta solución. La favorecen más bien: especialmente el artículo 37 de la ley de 1867 que ordena convocar la asamblea general en caso de pérdida de las tres cuartas partes del capital social para deliberar sobre la disolución anticipada. Pero lo que ha determinado á la mayoría de los que han examinado la cuestión, son las necesidades prácticas. Hay casos en que negar á una sociedad el poder de modificar sus estatutos sin la unanimidad de los accionistas, es condenarla á la ruina. Por eso se ha admitido sin vacilar para las comanditas por acciones, el sistema admitido para las sociedades anónimas, aunque no exista una disposición (1).

Hoy día, prácticamente, el problema está, pues, resuelto en el sentido de la posibilidad de modificar el contrato. Aquí tenemos la brecha más aparente hecha al artículo 1134 del Código Civil. Sin duda, se reprocha á la jurisprudencia la falta de claridad, á veces, al autorizar las modificaciones sobre puntos secundarios, cuando no permite modificar, sin la unanimidad de los accionistas, las cláusulas esenciales de los estatutos. Se le ha reprochado haber establecido una doctrina demasiado fugaz en sus aplicaciones y hay autores que pretenden que los estatutos pueden, en principio, modificarse en todos los puntos, salvo las limitaciones resultantes de la ley, de la voluntad de las partes ó de los principios generales del derecho (1).

En todo caso, está establecido el derecho de modificar el pacto social menos sobre ciertos puntos esenciales. Y ha recibido hoy una verdadera consagración legislativa por la ley de 9 de julio de 1902, que ha autorizado á la asamblea general para crear acciones de prioridad y modificar así los estatutos (2).

En las legislaciones extranjeras se reconoce el derecho de la asamblea para modificar los estatutos con una fuerte mayoría. Así sucede en Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Alemania, Suiza, Italia, Austria, etc. (3).

En Francia, la doctrina ha tenido un cambio importante desde 1893. Las sociedades civiles, que tienen la forma de sociedades por acciones, están sometidas á las leyes y á los usos del comercio, y sus estatutos pueden modificarse en asamblea general.

---

(1) Sin embargo, hay razones para vacilar: cuando no se obtiene el consentimiento de todos los gestores, éstos se encuentran, en efecto, obligados *in infinitum* y se los coloca en una situación muy dura si se modifican los estatutos sin su voluntad. El Código de Comercio alemán toma en cuenta esta circunstancia: según el artículo 322, la comandita por acciones no puede transformarse en sociedad anónima, sino con el consentimiento unánime de los gestores y de la mayoría de los accionistas.

(1) V. Appleton, p. 195 y sg.

(2) V. Appleton, *op. cit.* p. 80 y sg. V. Cód. Com. alemán, arts. 274 y sgs.: Código suizo de las obligaciones, arts. 626 y 627.

(3) Se objetará tal vez que en las sociedades por acciones, como siempre que hay una persona moral que se transforma (asociación, masa de acreedores que vota un concordato, etc.), es la persona moral quien quiere, por el órgano de la mayoría, y que así no hay un cambio verdadero de un contrato. Pero sin contar con que es creer demasiado en la realidad de la persona moral, hay que observar que no por eso dejan de haber relaciones entre la persona moral y sus miembros. (V. sobre este punto la nota de M.' Lyon-Caen, S. 1882.2.25) y estas relaciones contractuales van á encontrarse modificadas sin la voluntad de todos los asociados, ó acreedores que han figurado. La objeción sólo cambia de lugar el examen de la dificultad, y nada más.

Y hoy se desprende mejor el principio que, sin duda, guiará todavía largo tiempo en lo concerniente á las modificaciones de los estatutos por una mayoría cualquiera.

En las grandes sociedades, como lo son prácticamente las sociedades por acciones, las modificaciones de los estatutos entran generalmente en los poderes de la asamblea general. Como no podría obtenerse una voluntad concordante de todos los miembros sino en casos excesivamente raros, se llega á contentarse con una fuerte mayoría.

En las sociedades que comprenden pocos miembros, como lo son en el hecho las sociedades de personas, no se imponen las mismas reglas, porque es más fácil obtener el consentimiento de todos, y puede producirse más fácilmente la opresión de un asociado por los demás.

Todo esto se explica. Sin duda, toda sociedad es un organismo que tiene su vida propia. Pero una sociedad no tiene vida verdaderamente distinta de sus miembros, sino en cuanto ella comprende personas numerosas. En este caso, también la unanimidad es una quimera y hay que contentarse con una mayoría más ó menos fuerte. Al contrario, en una pequeña sociedad, como lo son las sociedades de personas, las negativas obstinadas serán más raras, y será posible, en ciertos casos, disolver el agrupamiento y reconstituirlo sobre nuevas bases, dejando fuera al recalcitrante. Puede suceder, es cierto, que sin éste la sociedad no pueda marchar, pero el caso será excepcional. La necesidad de modificar el sistema individualista del consentimiento unánime, es menos aguda y no se han preocupado de ello. Sólo el porvenir podrá talvez hacer madurar un problema que únicamente acaba de apuntar (1).

Siendo ordinariamente las asociaciones, organismos destinados á agrupar un gran número de personas, es difícil para ellas como para las sociedades por acciones, en presencia de una situación nueva, exigir la unanimidad de los asociados para modificar los estatutos.

Las mismas razones de hecho son decisivas en uno y otro caso. Y en ambos los textos son igualmente insuficientes.

La ley de 2 de marzo de 1884, sobre los sindicatos profesionales, guarda un silencio absoluto. La ley de 1º de julio de 1901, que forma la carta de las asociaciones ordinarias, no habla de modificaciones de los estatutos sino por vía de alusión. El artículo 5º, que no considera más que las asociaciones declaradas, las obliga á poner en conocimiento de la prefectura "las modificaciones introducidas en sus estatutos". Un poco más previsor el reglamento de administración pública de 3 de agosto de 1901, artículo 11, dice que los estatutos de la asociación que solicite el reconocimiento de utilidad pública, deben contener..... 3º..... las condiciones de la modificación de los estatutos y de la disolución de la asociación.

Este silencio, sobre un punto importante, es lamentable, ya que las asocia-

(1) Yo colocaría junto á la sociedad organismo contractual, la indivisión organismo creado á menudo fortuitamente, en que, cuando versa sobre una nave, se tiene también una mayoría que da la ley á la minoría (art. 22 C. Com.) A pesar de las diferencias entre estos dos casos, hay que señalar la feliz tendencia del derecho marítimo á tomar muy en cuenta el interés general representado por la mayoría. V. en el mismo sentido el artículo 745 del Código Civil alemán, que contempla todas las indivisiones y permite á la mayoría resolver sobre el modo de administración y de goce regular del objeto común.

ciones se fundan generalmente por un tiempo indefinido (aunque el art. 4º de la ley tenga previsto también lo contrario), y ya que sus estatutos pueden no hallarse en armonía con las necesidades nuevas. A pesar de esta laguna, no vacilamos en decir que una asamblea general tendrá el derecho de modificar los estatutos de la asociación.

Ante todo, nos parece que se puede fundar en una razón de analogía: en los agrupamientos en que uno de los contratantes puede fácilmente salir del grupo, se admite que la mayoría puede formar la ley: es el caso de las sociedades por acciones. Lo que por lo demás no tiene graves inconvenientes, porque los descontentos pueden retirarse. En las asociaciones, la ley de 21 de marzo de 1884, artículo 7º, y la ley de 1º de julio de 1901, artículo 4º, reservan á los miembros del sindicato ó de la asociación, la posibilidad de retirarse en todos los casos. ¿No es natural deducir de esto que, sin grave inconveniente, podrán modificarse los estatutos por mayoría?

Desde el punto de vista de los textos apoyaremos esta solución, en primer lugar, en el artículo 9º de la ley, según el cual "en caso de disolución voluntaria... se dispondrá de los bienes de la asociación en conformidad á los estatutos, ó á falta de disposición de los estatutos, según las reglas determinadas en asamblea general". De aquí puede sacarse un doble argumento: puede haber disoluciones voluntarias, puesto que la ley lo dice. Ahora bien, serían prácticamente imposibles si se exigiera la unanimidad de los miembros. Y lo precisa el artículo 14 del decreto al hablar de la asamblea que ha pronunciado la disolución voluntaria (art. 14).

En segundo lugar, el artículo 9º permite á la asamblea completar los estatutos, en un punto en que habrían podido y talvez debido expresarse: la disposición de los bienes. En efecto, el artículo 14 del decreto, dice que la asamblea, si nada resuelven los estatutos sobre la disposición, será convocada por el curador nombrado á la asociación disuelta, á fin "únicamente de estatuir sobre la disposición de los bienes". La ley supone, pues, y el decreto indica que en ciertos casos la asamblea puede modificar los estatutos. ¿Cómo ver en esto una disposición excepcional? ¿Cómo, por el contrario, no generalizar una solución tan razonable? No repetiremos aquí las razones imperiosas que pueden imponer la modificación de los estatutos. Son las mismas que para las sociedades por acciones. No puede colocarse á un agrupamiento en la obligación de desaparecer, por falta de poder para poner los estatutos, un poco antiguos, al nivel de las necesidades del día.

Pero ¿qué deberá ser esta asamblea? Nada lo dice. ¿Será una asamblea extraordinaria convocada únicamente á este efecto? ¿Se necesitará un cierto quorum? ¿Se requerirá una cierta mayoría? No puede responderse de una manera precisa. El decreto habla de asamblea general. Es todo y es muy poco. Habría que hacer aquí extensivas las reglas admitidas para las sociedades por acciones. Sería prudente. Pero, ¿se atreverían a hacerlo los tribunales? En todo caso, podrían no admitir una asamblea en que no se hubiera cuidado de convocar á todos, ó en que pareciera que sólo habían tomado parte algunos que se entendían entre sí.

Puede decirse, además, que es más pru-

dente para los administradores, seguir las formalidades establecidas para las sociedades por acciones. Pero nos parece que estando sentada judicialmente la regularidad de la asamblea, habrá que exigir sólo que la convocatoria haya sido general, hecha sin fraude, que haya habido una mayoría, que la modificación de los estatutos haya estado en la orden del día. Además, en cuanto á los poderes de la asamblea, habrá que admitir, como para las sociedades por acciones, que podrá modificar un punto secundario ó importante de los estatutos, pero no un punto esencial, como su objeto. Podrá ampliarlo ó restringirlo, pero no reemplazarlo por otro diferente.

Las otras leyes sobre ciertos agrupamientos especiales, son todavía más imcompletas que la de 1901. La ley de 1º de abril de 1898, sobre las sociedades de socorros mutuos (art. 5º), obliga á determinar en los estatutos de estas sociedades..... "6º las condiciones de la disolución voluntaria de la sociedad", y al mismo tiempo dice (art. 11) que "la disolución voluntaria no puede pronunciarse sino en una asamblea convocada á este efecto por un aviso que indique el objeto de la reunión y á condición de obtener, á la vez, una mayoría de los dos tercios de los miembros presentes y la mayoría de los miembros inscriptos". A pesar de esta laguna, admitimos todavía, como la práctica lo exige, la posibilidad de modificar los estatutos. ¿Qué condiciones deberá llenar la asamblea? ¿Se aplicará por analogía el artículo 11? Sería muy concebible, aunque el caso de disolución sea más grave que cualquiera otro. Podría también referirse pura y simplemente al derecho común que hemos tratado de establecer.

Silencio absoluto en la ley de 21 de junio de 1865, completada por la de 22 de diciembre de 1888, sobre las asociaciones sindicales. Admitiremos soluciones análogas á las propuestas para las asociaciones ordinarias, cuando se trata de asociaciones sindicales libres. Para las asociaciones autorizadas, debemos exigir que el voto de la asamblea se complete con las formalidades exigidas por la autorización y que son la garantía de los oponentes.

Admitiremos el sistema adoptado para las asociaciones ordinarias cuando se trate de sindicatos profesionales ó de cajas de seguro mutuo agrícola, que la ley de 4 de julio de 1900 autoriza para constituirse como los sindicatos: á falta de disposiciones especiales, debemos aplicar el derecho común.

Por último, es también el que seguiremos á propósito de las asociaciones de culto previstas por la ley de 9 de diciembre de 1905: ésta, en efecto, no ha considerado nuestra cuestión y, por otra parte, el reglamento de administración pública de 16 de marzo de 1906, habla simplemente de las "modificaciones que la asociación puede introducir en los límites territoriales de su circunscripción" (art. 32), ó de la disolución voluntaria de la asociación (art. 47), sin indicar como han de ser decididas. Pero, por otra parte, el artículo 18 de la ley de 1905, se refiere para la constitución de las asociaciones de culto á la ley de 1901, lo que parece indicar que esta ley reglamentará también su disolución ó su administración ó las modificaciones de los estatutos.

Los Códigos extranjeros modernos son á veces más precisos. El artículo 33 del Código Civil alemán exige para las

modificaciones de los estatutos una mayoría de los tres cuartos; pero cuando se trata de modificar el fin de la asociación, se requiere el consentimiento de todos los miembros.

Nuestra jurisprudencia tendrá que resolver estas cuestiones, que se presentarán necesariamente en una fecha poco lejana: habiendo permitido la ley de 1901 un amplio desarrollo de las asociaciones, las dificultades jurídicas comienzan ya á aparecer á su respecto y han de mostrarse mejor en el porvenir.

Examinemos la dificultad que se presenta, cuando se ha creado un organismo por un contrato, en que las diversas partes no tienen un rol idéntico, lo que ocurre, ante todo, en las fundaciones.

Se ha hecho una fundación creando una persona moral, ó donando á una persona moral preexistente. Las tres categorías de personas en causa: el donante, el establecimiento gratificado, los beneficiarios de la fundación, tienen roles del todo diferentes. ¿Cuál será su situación cuando la fundación no pueda funcionar según las previsiones que se habían hecho?

Esto puede suceder de diversas maneras. La persona moral puede dejar de existir, como ha ocurrido con la ley de 9 de diciembre de 1905, cuando se suprimieron los establecimientos públicos del culto, ó con la ley de 1.° de julio de 1904 que disolvió las congregaciones educacionistas?

O bien, subsistiendo la persona moral, puede colocarla la ley en la imposibilidad de cumplir la fundación. Así ha sucedido con la ley de 30 de octubre de 1886, que dió carácter laico á la enseñanza primaria. Las comunas beneficiarias de fundaciones, á cargo de mantener una escuela dirigida por congregacionistas, se han encontrado en la imposibilidad de respetar la fundación.

Es posible, por otra parte, que el estado de hecho que se ha tenido en cuenta al crearse la fundación, se modifique completamente y no tenga ya objeto la fundación. Así sucede con las antiguas fundaciones que habían podido hacerse para los leprosos ó para los prisioneros de los piratas.

Hay, á propósito de las fundaciones, un tercer caso, aquél en que ésta puede subsistir legalmente y de hecho; pero en que parece que se impondrían ciertas reformas de sus estatutos; que prestaría mejores servicios á la misma causa con una organización un poco diferente; que favorecería más los estudios de un género dado, creando establecimientos de estudio que otorgando los premios determidos por el fundador.

Por último, se presenta la hipótesis en que las rentas de los bienes dados para la fundación, no bastan para asegurar su servicio. Se trata, entonces, de saber si se puede reducir su funcionamiento.

Si examinamos estas dificultades de una manera general, y sobre todo las primeras, vemos que parece vacilarse en semejante caso, entre dos soluciones extremas é igualmente poco satisfactorias. Los unos quieren que los bienes queden sin cargo de ninguna clase á la persona moral preexistente ó al Estado que los tomará como bienes sin dueño. Es prácticamente modificar el contrato, la donación con cargo, contrariamente no sólo á la voluntad precisa del donante, que es ya inaplicable, sino aún á su especie de intención liberal, que era gratificar

á tal clase de personas: los pobres, los niños que necesitan instrucción, las personas que hacen investigaciones científicas y no sólo un establecimiento público, voluntad que hoy todavía puede ser respetada, por lo menos de una manera aproximativa. Esta solución estrecha es la que ha triunfado en la Revolución.

Los otros quieren que, no pudiendo emplearse los bienes donados en su destinación precisa, el donante ó sus herederos pueden recobrarlos para disponer libremente de ellos, en virtud de una condición resolutoria tácita ó de la jurisprudencia que se ha formado sobre el artículo 900. Este sistema evita un empleo de los bienes contrario á la voluntad del testador. Pero por temor de falsear la fundación, se la anula.

Esta solución tiene á su favor importantes precedentes.

Ante todo, la jurisprudencia que se ha formado después de la ley de 30 de octubre de 1886 (1). Antes, la ley de 24 de mayo de 1875, artículo 7º y la ley de 12 de julio de 1875 sobre la enseñanza superior, artículo 12, que han establecido á favor de los herederos de los donantes ó testadores un derecho para recobrar los bienes. Más recientemente, el artículo 18 de la ley de 1º de julio de 1901, que ha abierto en caso de liquidación de congregación no autorizada un derecho de reivindicación á favor de los donantes y herederos, sobre los bienes y valores que no estuvieren afectos por el acto de liberalidad á una obra de asistencia. Por último, la ley de 9 de diciembre de 1905, artículo 9º, que establece una acción de reivindicación á favor de los herederos de los donantes, en caso de disolución de una asociación de culto, y el artículo 7º, que reglamenta la acción de los herederos de los donantes y testadores para recobrar las liberalidades eclesiásticas.

Entre estas dos tendencias, se manifiesta hoy una tercera: el adaptamiento de la fundación á una situación nueva. La encontramos, ante todo, en el artículo 18 de la ley de 1901. "Los bienes y valores donados con el objeto de proveer á una obra de asistencia, no podrán reivindicarse sino á cargo de proveer al cumplimiento del fin asignado á la liberalidad". Después, el artículo 5º de la ley de 7 de julio de 1904 sobre la supresión de la enseñanza congregacionista, dice que el precio de los bienes (que provienen á menudo de donaciones), servirá para aumentar las subvenciones del Estado para subvenciones y ensanchamientos de casas y escuelas y para acordar subsidios para arrendámientos. Los bienes afectos á los servicios escolares de los congregacionistas que enseñan en el extranjero, quedarán afectos á otros servicios de la congregación.

Y, sobre todo, la ley de 9 de diciembre de 1905, cuyo artículo 4º atribuye los bienes inmuebles y muebles de los establecimientos públicos del culto, con todas las cargas y afectaciones que los graven y con su afectación especial á las asociaciones de culto. Con el mismo espíritu, el artículo 7º decide que los bienes gravados con una afectación caritativa ó con cualquiera otra afectación extraña al ejercicio del culto, se atribuirán á los servicios ó establecimientos públicos ó de utilidad pública cuya destinación sea conforme á la de dichos bienes.

Por último, el artículo 9, que para los

(1) V. Cas. 29 nov. 1892, S. 93.1.32; 29 enero 1896, S. 97.1.136; 19 oct. 1896, S. 98.1.350; 13 dic. 1897, S. 98.1.436.

casos de disolución de las asociaciones de culto, ordena que pasen los bienes á asociaciones análogas, ó á establecimientos de beneficencia (1).

Se forma en virtud de estos textos, recientes en su mayor parte, una especie de costumbre legislativa, según la cual, cuando no se revoca la fundación en virtud de la jurisprudencia que se ha formado sobre el artículo 900, la fundación debe continuar viviendo, adaptándose á las circunstancias. Un nuevo establecimiento tendrá la carga, pero ésta subsistirá. La idea es justa y corresponde á los deseos de la práctica. La ley de 9 de diciembre de 1905 ha tenido el mérito de precisarla indicando (art. 477) que las fundaciones deben pasar á los establecimientos que designen los representantes de los establecimientos suprimidos. Es la equidad misma. Si el fundador se ha dirigido á tal persona moral, es porque le parece que es la que más procede según sus miras. Procederá todavía de esta manera, si su último acto consiste en designar otra persona para el cumplimiento de la carga.

Pero este perfeccionamiento no es más que el último estudio todavía incierto de una evolución que se va esbozando. Las leyes anteriores no la han conocido. Es extraño que el artículo 9 parezca ignorarlo para el caso de disolución de una asociación de culto.

(1) Aparecen ideas de la misma clase en cuanto á los bienes que una persona moral ha adquirido á título oneroso y cuyo origen no está precisado. La ley de 12 de julio de 1875 atribuye al Estado los bienes de las asociaciones de enseñanza superior disueltas, á cargo de emplearlos en la enseñanza superior. La ley de 7 de julio de 1904, artículo 5, atribuye los bienes de las congregaciones de enseñanza disueltas al Estado para que las emplee en construcciones de escuelas.

¿Hemos llegado con esto á los últimos progresos posibles? No lo creo, hay dos que todavía parecen necesarios. El primero es autorizar á los mismos interesados para oponerse á la disposición de los bienes en un cierto plazo, que yo desearía muy amplio: un año por lo menos. Si se supone un hospital, un sanatorio, si sus bienes pasan á otro establecimiento, porqué no podrían los interesados reclamar de su destinación? Las personas susceptibles de ser admitidas en el establecimiento, deberían poder solicitar su rectificación, si está mal hecha. Esto les afecta más que á nadie. Y en un Estado democrático ¿puede el pueblo estar mejor representado y obedecido que por él mismo, cuando se trata, no de hacer reconocer un derecho nuevo, sino únicamente de pedir á la justicia la aplicación de reglas de equidad? ¿No debe abrirse una muy amplia acción popular en toda materia para luchar contra el espíritu de oligarquía, resto imponente de la monarquía abolida?

El último término de estos progresos, de esta colaboración de los representantes de la persona moral, de la administración, de los interesados y del juez resolviendo sobre sus pretensiones y sobre la repartición de los bienes entre los diversos fines, caritativos religiosos, de instrucción ú otros (1), sería en mi concepto la aplicación literal del artículo 900. Ya la ley de 9 de diciembre de 1905, mucho más progresista que las demás,

(1) En efecto, las antiguas fundaciones tienen fines múltiples, son á la vez caritativas, religiosas, pedagógicas, etc. El principio de la división del trabajo lleva hoy día á crear establecimientos que sólo tienen funciones limitadas entre las cuales me parece justo repartir los bienes destinados para la fundación originaria con el objeto de alcanzar muchos fines á la vez.

limita el derecho de revocación á los autores y herederos en línea directa (arts. 7 y 9). El día en que una legislación autorice la transferencia de los bienes en condiciones que presenten garantías de respeto de las voluntades, y no falta más que un paso para esto, la acción de revocación no tendrá razón de ser en las fundaciones. En suma, cuando el testador ha afectado sus bienes á una obra de interés general, es preciso que esta obra viva. El testador ha ejecutado un acto que interesa á la sociedad, revocar este acto porque no puede tener lugar la ejecución directa y literal, es hacer un acto de resultados individualistas, enriquecer á un pariente, tal vez de fortuna, del difunto; en vez de enriquecer el patrimonio de los desheredados. Es una medida que no es admisible sino en último caso, y cuya importancia debe desaparecer á medida que se desarrolle el cuidado de hacer ejecutar la voluntad principal del testador, la esencia de su decisión.

Sin duda la ley de 1901 había encontrado un medio intermediario ingenioso, el heredero no podría reivindicar sino á cargo de emplear los bienes en fines de la misma naturaleza (art. 18). Es decir que la devolución se haría en conformidad á la voluntad del heredero del testador, que se reharía una fundación, pero es preciso encontrar herederos, lo cual será imposible al cabo de siglos.

En todo caso, solo en estos términos es aceptable la acción de revocación.

Si se tiene la audacia fácil de generalizar no el sistema hácia el que marchamos á grandes pasos, sino sólo el sistema que reina hoy en el último estado de los textos, y que impone la carga al que conserva los bienes en caso de supresión de una persona moral, se habrá hecho ya mucho para hacer adaptables las fundaciones.

Nada es más útil, debe respetarse la voluntad de los muertos. ¿Y cómo puede serlo con el derecho del Estado para tomarlo todo, ó con el sistema de todo ó nada, como es el de la revocación?

(Continuará)

DERECHO

DE LAS MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS POR VOLUNTAD UNILATERAL

Por

M. René Demogue

Profesor agregado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

(Conclusion)

En todo caso, nos parece que existe una costumbre legislativa suficiente para poder decir que á la desaparición de una persona moral no desaparecen las fundaciones de que estaba encargada, sino que pueden reivindicarse los bienes por establecimientos semejantes á cargo de ejecutar ellos la fundación (1).

He discurrido hasta aquí sobre la base de una disolución de la obra que había recibido la donación. Sería más ó menos lo mismo en cualquier otro caso en que "se ha hecho imposible el cumplimiento del fin de la fundación ó pone en peligro el orden público".

Sin embargo, esta hipótesis merece algunas explicaciones separadas.

La ley puede, en vez de suprimir una persona moral, caso principalmente considerado por nosotros hasta ahora, ponerla en la imposibilidad de ejecutar la fundación. Ejemplo de ello es la ley de 30 de octubre de 1886. El sistema del todo ó nada ha triunfado aquí, y según la manera como han aplicado los tribunales el artículo 980, las comunas han conservado los bienes sin la carga ó han debido restituirlos pura y simplemente.

Pero aparecen dos procedimientos nuevos en las leyes recientes; según el artículo 5 de la ley de 7 de julio de 1904, los bienes y valores efectos al servicio

(1) Se observará que empleo indiferentemente los términos donantes y testadores, confundiendo así deliberadamente la fundación por testamento ó por acto entre vivos. Es que no hay interés en distinguirlas. Estimamos por otra parte que el testamento cuyos legados han sido aceptados puede asemejarse en cuanto á los efectos á un contrato de una naturaleza especial. Indicamos esta idea sin poder insistir en ella.

escolar de las congregaciones de enseñanza y hospitalarias quedarán afectos á otros servicios de la congregación. Se estima, pues, que el fin principal del testador ó del donante había sido gratificar á la congregación, se prescinde del fin escolar que había perseguido. Se podría igualmente aplicar el procedimiento, de que ya he hablado, de la ley de 1901, que concede la acción revocatoria á cargo de mantener la obra hospitalaria ú otra que se había creado. Estas dos soluciones tienen evidentemente cierta cuenta del fin que se ha propuesto el autor de la liberalidad. Pero ¡cuan preferible sería considerar la dificultad de un modo general y resolverla en conformidad á las intenciones esenciales del difunto! Es lo que vamos á tratar de hacer.

Es posible que el fin de la fundación llegue á ser en sí mismo ilícito de una manera absoluta. El caso sería muy raro.

Solo pueden imaginarse hipótesis. Sería el caso en que el Estado prohibiera en absoluto el ejercicio de una religión en su territorio. La cantidad dada á una comuna para mantener los ministros de este culto no podría ya recibir su afectatación. Sería necesario entonces que el legislador reemplazara la carga por una carga análoga; subvención á un culto diferente ó á obras de beneficencia. Se violaría necesariamente la voluntad del difunto. Lo mejor sería restringir esta violación al mínimum.

El caso más frecuente es aquel en que el fin que se persigue llega á ser ilícito sólo de una manera relativa. Así la ley de 30 de octubre de 1886, que imprimió carácter laico á la enseñanza pública, no prohibió la enseñanza congregacionista, La ley de 1904, que prohibió esta enseñanza, no prohibió por eso la enseñanza que presenta un carácter confesional.

En semejante caso está asegurado el respeto á la voluntad del difunto con sólo dar á los bienes el destino fijado por él, cambiando el beneficiario, y desde este punto de vista la regla dada por la ley de 1901: la *revocación con cargo* que ha imaginado parece ofrecer una solución satisfactoria, tanto más cuanto que el donatario no restituirá naturalmente los bienes mientras el heredero del donante no precisa qué empleo dará á los bienes que va á recobrar.

Este sistema es en todo caso superior al de la ley de 1904, que afectando á otros servicios de la congregación los bienes sin empleo, no toma en cuenta sino una parte de la voluntad del difunto.

El procedimiento mejor es evidentemente un procedimiento análogo al previsto por la ley de 1905; la devolución de los bienes á una persona que ejecute el cargo y que será designada por el establecimiento que no puede ejecutarlo. Este, en suma, se encuentra disuelto en cuanto á la posibilidad de ejecutar tal cargo. Sufre una verdadera distinción parcial.

Es natural que cuide que se ejecute por otro: por ejemplo, la congregación mixta dejará sus establecimientos de enseñanza á establecimientos confesionales de instrucción. Podría admitirse, sin embargo, que, si el donante ha deseado gratificar á la congregación misma en una cierta medida, facilitar su desarrollo, conservará el establecimiento congregacionista una parte de los bienes. El difunto ha perseguido simultáneamente un fin educativo y un fin religioso. No pudiendo alcanzarse ambos sino separadamente, se repartirán los bienes. Se-

rá un partido mixto para la situación compleja que se presenta, que haría muy bien la ley en adoptar, y que el juez mismo podría aceptar.

Pero no podemos proponer esta solución sino de una manera condicional. La costumbre, en efecto, falta por completo. No podemos invocar en este sentido ninguna disposición. Las soluciones de las leyes especiales nos son aun desfavorables. El derecho se encuentra aquí menos avanzado que en el caso anterior.

A más de los obstáculos legales al funcionamiento de la fundación, hay obstáculos de hecho. Una fundación puede responder á una utilidad que ha desaparecido por completo ó que se ha hecho tan rara que no es posible inmovilizar con ese fin bienes importantes. Una objeción que se hace á menudo á las funduciones es que pueden constituir así verdaderos anacronismos. ¿Se ven hoy fundaciones en favor de los descendientes de los caballeros de San Luis? ¿Se ven sumas considerables inmovilizadas para numerosos hospitales de leprosos? Pero si el silencio completo de la ley hace que la fundación una vez creada vaya como un cuerpo lanzado á través del espacio que nada podrá detener, escapando á las leyes de la atracción universal, á las afinidades que toda institución debe tener con la época en que funciona, la culpa es del legislador que nada ha previsto y que no legisla desde hace cien años á propósito de las fundaciones sino en medio del humo que producen en los espíritus las cuestiones políticas que promueven las fundaciones.

La ley debería prever este renacimiento de fundaciones respetables; pero hoy día muertas. Bastaría decir que toda persona interesada en que se emplearan en un nuevo objeto los bienes de la fundación podrá pedirlo á la justicia, y que tendrá el mismo derecho el ministerio público. El juez podría entonces dar una nueva afectación á la totalidad ó á la mayor parte de los bienes, en armonía con la época actual, citando á los herederos de los donantes, si todavía existen algunos conocidos, y oyendo su parecer. ¿Qué impediría decir que una fundación para leprosos recibirá hoy otros enfermos, tuberculosos, por ejemplo; que una casa para las hijas de los caballeros de San Luis recibirá hijas de los miembros de la legión de honor, etc.?

Pero rara vez las fundaciones caen tan en desuso. Frecuentemente son personas viejas que quieren mantener todavía la ilusión sobre su edad, pero que se adaptan mal á circunstancias nuevas. Su organización puede funcionar de hecho, pero la vida las abandona poco á poco. Se impondría una simple modificación de los estatutos. Actualmente no se ve cómo podría ella tener lugar, cómo podría satisfacer la necesidad de un consejo de administración más numeroso, ó elegido en otra forma. No se ve aún la posibidad de trasportar aquí, como se ha hecho para las asociaciones, las reglas de las sociedades por acciones. Pero es innegable la necesidad de una forma legal de adaptación. La ley debería intervenir, organizando un procedimiento judicial con citación de los herederos del fundador. Talvez la jurisprudencia podría aquí por su parte hacer una obra útil. Habiendo creado la teoría de los administradores judiciales, ¿quién le impediría proveer desde ahora por medio de los administradores provisorios que juzgara útiles, con los poderes que fuesen convenientes, á la gestión de una fundación cuyo funcionamiento pe-

ligrara y que se viera abandonada por sus administradores? Pero no sería más que provisorio, que, por lo demás, podría durar tanto cuanto se quisiera.

El caso en que el funcionamiento de la fundación exige modificaciones nos conduce á examinar una hipótesis muy frecuente. Aquella en que los recursos de la fundación son insuficientes para ejecutar los cargos tales como los ha fijado el donante. Así el donante ha fundado un hospital de veinte camas, pero las rentas no permiten mantener más que quince; ó bien, caso más difícil, se ha fundado una sola cama en un hospicio y las rentas no bastan para el gasto. La cuestión de saber si la administración del hospicio puede reducir el funcionamiento de la fundación es en realidad una cuestión de obligación á las deudas del donatario ó del legatario particular. El donatario con carga ¿está obligada á ésta *ultra-vires?* ¿Ocurre lo mismo con el legatario particular? Evidentemente la solución de esta cuestión está influenciada por la jurisprudencia que se ha formado sobre la obligación á los legados de los herederos, de los legatarios universales, influenciada también por la idea de que la donación con carga es un acto á título oneroso en la medida de la carga, y que sólo consiste en ésta si la carga priva al donatario de todo provecho personal (V. en este sentido Aubry et Rau, VII, p. 378) (1) y podría sostenerse que el donatario ó legatario sin carga, habiéndola aceptado, se encuentra en adelante obligado á ejecutarla, aunque le sea onerosa (2). En este sentido, se ha resuelto antiguamente que el donatario con carga debía cumplirla, aun cuando la cosa donada hubiera sido destruída por caso fortuito.—V. Merlin, *Rép*, v° *Fondation*.

Pero es cierto que la teoría de la fundación tiende á distinguirse del legado con carga ordinario en razón precisamente de las miras lejanas que la caracterizan. Entonces ¿qué más que declarar á la persona que administra la fundación obligada sólo á la carga *intra-vires?* Esto concuerda con la idea de patrimonio de afectación hoy muy en boga. Concuerda también con la situación que se presentaría si se hubiera erigido la fundación en establecimiento autónomo revestido de la personalidad moral. Desde el punto de vista práctico, hay que agregar que sería muy difícil admitir que una persona moral que se obliga para siempre, ha entendido obligarse á ejecutar completamente la fundación, cualquier cosa que suceda, porque, ¿quién puede prever cuál será el interés del dinero en muchos siglos? (1). Y decidir que esta obligación existirá íntegramente, cualquiera que sea la disminución que puedan sufrir las rentas, sería á menudo poner un obstáculo á la aceptación de la fundación. Muchos administradores prudentes no se prestarían á ello, y se perjudicaría el desarrollo de esta útil institución.

Puede por fin agregarse que el fin del fundador, donante ó testador, ha sido

(1) V. Cas., 1.° agosto 1904, S. 1905. 1. 13.

(2) V. en este sentido Trib. de Charolles, 1.° febrero 1894. *Gaz des Trib.* de 8 junio 1894.—Decisión min., *Bull. du min. de l'Int.*, 1858, n.° 38.—Bourges, 4 dic. 1905, S. 1906. 2. 281, *Rev. de dr. civ.*, 1906, p. 430.

(1) Pero la idea de que el beneficiado no debe ejecutar la fundación sino en el límite de las rentas de los bienes donados, implica en sentido inverso que deberá ejecutarla en todo el límite de estas rentas, si ellas aumentan, á menos que el sobrante de las rentas se reserve para el porvenir.

afectar las rentas de ciertos bienes á un fin dado, y no más, que su intención corresponde con la de los administradores del establecimiento gratificado, que unos y otros han entendido establecer una verdadera obligación *intra vires*, que nada prohibe.

Si se admite por estas razones tanto teóricas como prácticas, que el establecimiento encargado de la fundación, donatario ó legatario directo, no está obligado á ejecutarla sino en la medida de las rentas que percibe de los bienes donados, debe admitirse que este establecimiento puede reducir por sí mismo los gastos para no exceder las rentas. No tendrá necesidad para esto ni de autorización judicial, ni de falta de oposición de los herederos del donante regularmente advertidos.

A lo sumo una regla administrativa puede exigir de él que no reduzca la fundación para equilibrar el presupuesto sino después de ciertas autorizaciones.

En este sentido entendemos el artículo 9 de un decreto particular de 2 nivoso año XIV (citado en un fallo de Nancy de 24 de febrero de 1877, S. 77. 2.214) que dice "que en el caso de que las rentas de la fundación llegaran á disminuir de valor ó á perecer, podría reducirla en la misma proporción el prefecto del departamento con aprobación del Gobierno", ó el artículo 29 del decreto de 30 de diciembre de 1809 sobre las fábricas, hoy sin objeto, según el cual "el cura se conformará á los reglamentos del obispo en todo lo concerniente al pago de las cargas piadosas impuestas por los bienhechores, salvo las reducciones que haga el obispo en conformidad á las reglas canónicas, cuando lo exija la falta de proporción de las liberalidades y de las cargas que son su condición", y un dictamen en el mismo sentido dado por el Consejo de Estado el 22 de julio de 1840.

Fuera de estos casos ó de reglas administrativas generales, creemos que el establecimiento gratificado sólo puede reducir la importancia de sus servicios para no sobrepasar sus rentas, y que debe rechazarse la acción de revocación por inejecución de las cargas.

La única dificultad que yo sepa que se ha sometido á los tribunales era un poco más compleja: se trata de una pequeña fundación: se ha fundado una cama en un hospicio, un puesto de institutriz en una aldea. Las rentas llegan á ser insuficientes para pagar los gastos. La reducción es imposible. No puede fraccionarse una institutriz ó una cama. En nuestro concepto, la fundación debe entonces modificarse de manera que sirva para un fin tan análogo como sea posible al de la fundación. Podrá decidirse que no se concederá la cama sino dejando entre las designaciones del hospitalizado el tiempo necesario para reconstituir el capital, ó que se empleará la renta en socorrer á domicilio á un individuo designado (1). Podría decirse, como lo ha hecho la Corte de Nancy el 24 de febrero de 1877 (S. 77. 2. 214) que la institutriz designada prestará sus servicios en una comuna vecina dispuesta á completarle su remuneración. Hay, pues, siempre un medio equitativo, gracias al cual el gratificado podrá evitar la revocación.

Esta solución será adoptada por el establecimiento gratificado con ó sin au-

(1) Cf. sobre este punto Trib. de Chateau-Chinon, 6 mayo 1904, S. 1906, 2. 21.

torización según los casos, y corresponderá á los interesados quejarse ó á los herederos pedir la revocación y hacerla pronunciar por la autoridad judicial (2).

Este sistema de adaptación de la fundación á las dificultades del presupuesto, existe pues. Resulta de la acción combinada de la autoridad administrativa y judicial. La combinación, sin embargo, no es muy feliz. Habiendo autorizado la administración ó habiendo decidido el establecimiento una reducción ó una modificación de los servicios, se está en una situación de expectativa. No se sabe si un día dado, en diez años, en veinte tal vez, han de reclamar los interesados ó los herederos del donante, para obtener los unos el restablecimiento del estado de cosas antiguo, los otros la revocación. ¿Y quién sabe si un tribunal no les dará razón? Lo mejor sería acordar á los representantes del establecimiento una acción judicial á la que serían llamados los herederos y los representantes de los interesados para hacer declarar que se imponía realmente la transformación y que corresponde aprobarla. Entonces de dos cosas una: ó la administración de la fundación se entenderá amigablemente con los representantesde los interesados y del difunto. Su aprobación importaría renuncia del derecho de oponerse á loque se ha hecho. O biense negarían: un fallo daría en este caso al establecimiento plena seguridad para el porvenir.

Se tendría así el órgano plenamente adaptado á la función y no, en esta parte del derecho en estado de formarse, una aplicación poco cómoda de un derecho común todavía incierto.

El Código Civil alemán ha tenido la idea de esta necesidad de adaptar ampliamente la fundación á las circunstancias nuevas. Pero el procedimiento de ejecución es inferior al que encontramos en la costumbre legislativa francesa, en el sentido de que la autoridad judicial y los herederos é interesados no desempeñan ningún papel. "La autoridad competente, dice el artículo 87, puede dar otro fin á la fundación ó suprimirla. Cuando se modifica así el fin, hay que respetar en lo posible las intenciones del fundador, especialmente cuidar de que las rentas de la fundación se apliquen á la categoría de personas á que debían corresponder según las intenciones de éste. Las autoridades pueden modificar los estatutos de la fundación, cuando la modificación del fin autoriza este cambio. Antes de cambiar el fin ó la constitución debe oirse previamente al consejo de la fundación".

Dejemos ahora á un lado este punto. Hemos demostrado que cuando un contrato ha puesto en presencia intereses de diversa naturaleza, puede modificarse, lo que por otra parte es conforme á la intención del difunto, que prevé á menudo á qué personas pasarán sus bienes en caso de disolución de la fundación.

El derecho comercial nos ofrece otro ejemplo importante de modificación de un contrato en que los dos contratantes tienen intereses opuestos: en el convenio en caso de quiebra. En el convenio simple ó por abandono del activo, tenemos, en efecto, á un acreedor que se ve imponerse por su deudor una reducción de su crédito ó un término, cuando esta medida ha sido votada por la mayoría de los demás acreedores y aprobada por el tribunal de comercio. No precisaremos las

(2) V. una aplicación de esta competencia de la autoridad judicial. Cas 19 marzo 1855, S. 55. 1-648

condiciones del convenio que son bien conocidas (V. art. 307 y sig. del Cód. de Com.) Constatemos solamente que aparece más fácil imponer á una persona disminuciones de derecho en un contrato en que todos no tienen la misma situación (puesto que por una parte está el fallido y por otra los acreedores), cuando esta disminución se juzga necesaria por otros colocados en la misma situación.

Esta solución del convenio acordado por la mayoría es especial al derecho comercial, pero nada se opondría á que la ley lo extendiera al derecho civil. Sería ciertamente una de las consecuencias, y una de las consecuencias felices, de la quiebra civil.

Por lo demás, en el hecho ella tiende ya á extenderse. Se ha visto, en efecto, Estados endeudados tratar de la reducción de su deuda con portadores de títulos é imponer el acuerdo celebrado con un grupo al conjunto de los portadores. Por otra parte, esta solución no siempre ha tenido lugar con suficientes garantías desde el punto de vista del número de los que la aceptaban. Sin embargo, es siempre la aplicación de la idea de que nada consigue un acreedor con mostrarse más intransigente que los otros.

Debe relacionarse con esta hipótesis del convenio, aquella en que una asamblea de accionistas aprueba las cuentas que presenta un administrador, ó los actos contrarios á los estatutos que ha podido ejecutar. El contrato celebrado por el accionista con los demás, que le daba el derecho de perseguir la responsabilidad por un acto considerado irregular, se encuentra modificado en el sentido de que no puede rebelarse contra la decisión contraria de la mayoría (1).

Puede indicarse todavía un caso en que la mayoría es llamada á dar la ley á la minoría, el de las asambleas de tenedores de obligaciones. El día en que se hayan establecido legalmente estas asambleas y tengan un rol, es casi seguro que el consentimiento de la mayoría producirá los mismos efectos que el de la unanimidad. (V. el proyecto del Gobierno de de 1903, y Prestat, *Les assamblées d'obligatoires*, tesis, París, 1906).

El derecho civil nos ofrece todavía dos ejemplos de contratos que pueden modificarse sin la voluntad de todos.

En la sustitución, se admite que el gravado puede ser autorizado por la justicia para enajenar ciertos bienes en interés de la sustitución (V. Demolombe, t. XXII, núms. 561 y 579).

En el caso de matrimonio, la ley autoriza á la mujer para modificar el contrato por la separación de bienes, y en el régimen dotal le permite enajenar su dote con autorización de la justicia.

Estas hipótesis, menos claras que las precedentes, demuestran sin embargo que la tendencia á autorizar la modificación de los contratos obedece á un principio. Se ve que en el caso de sustitución, de matrimonio, hay un patrimonio especialmente afecto á las necesidades del sustituído ó del matrimonio; este organismo que tiene una vida propia, una razón de ser especial, debe, como todo organismo, adaptarse al medio.

¿Hemos llegado al término de la aplicación de estas ideas? No, el porvenir puede reservar otras. Una se divisa ya en el horizonte, en el contrato de traba-

(1) V Thaller, Droit commercial, número 262, página 354.

jo que liga á los obreros de una fábrica con un patrón. Se forma un organismo obrero cuya existencia en el hecho se traduce por la tendencia al contrato colectivo.

Este organismo no es por lo demás muy diferente del que se encuentra en la quiebra con el nombre de masa de los acreedores, ó en las asambleas de accionistas de las sociedades por acciones.

Se concibe perfectamente que resulte de la existencia de este organismo que un día la mayoría imponga la ley á la minoría. Esto se concibe en el sentido de que un acuerdo de la mayoría con el patrón sobre un salario más equitativo se imponga á todos, sea que este acuerdo disminuya el salario, por las malas circunstancias, sea que lo aumente. Es cierto que en este último caso se obtendrá en el hecho más fácilmente el resultado, y que jurídicamente se lo puede explicar como una estipulación por otro.

Pero hay una laguna. En el convenio la minoría tiene una garantía contra la mayoría en la aprobación del tribunal. ¿Dónde encontrarla aquí? ¿Cómo defender á la minoría fuera del caso de arbitraje, en que la intervención de un juez es una seguridad de que no quedará entregado al capricho de una mayoría poco razonable?

Este principio de la solidaridad obrera conduce lógicamente á otra idea: la huelga obligatoria. Si los obreros pueden por mayoría y mediante una aprobación judicial, garantía de la minoría, imponer á sus camaradas una modificación del contrato, ¿porqué no podrían imponerles también la huelga que se juzga necesaria para la protección de sus derechos? Teóricamente no hay razón para detenerse en el camino, tanto más cuanto que en este caso se daría á la minoría una garantía judicial. Pero en el hecho hay algo grave que no se exige del obrero únicamente el que deje hacer, se le impone un acto más grave: privarse temporalmente de sus ganancias. ¿No se sobrepasa la medida que debe satisfacer al mismo tiempo el interés general y respetar hasta un cierto grado el derecho individual? Al porvenir y á los hechos toca responder. No encerremos nada en fórmulas muertas. El derecho debe presentarse con más vida, con ideas en germen que lo hacen adivinar en una perpetua trasformación.

En todo caso, es palpable el derecho que se forma. Yo hallaría indicios de él á la vez en el proyecto Millerand presentado en 1900 sobre la huelga obligatoria y en la ingeniosa teoría de M. Wahl, según la cual la huelga no rompe el contrato de trabajo. Todo esto deja, sin embargo, una laguna que nuestra teoría no puede colmar.

Es de desear que el contrato varíe con las ganancias que obtiene el patrón, con el precio de las mercaderías, que sin romperse se amolde á las circunstancias, y la huelga es un medio, un arma si se quiere, para asegurar esta adaptación. Por consiguiente, no es de desear que se diga que ella rompe el contrato. Pero cuando es ofensiva, cuando el obrero la emplea para obtener un alza del salario, ¿cómo decir que no produce una ruptura del contrato, mientras no tengamos la regla legal, instrumento indispensable para hacer amoldable el contrato de trabajo? Entonces solamente podremos afirmar, lo que sería deseable, que la huelga no rompe el contrato si persigue una modificación equitativa.

Ultima hipótesis posible de contrato

modificado sin el consentimiento de todos: hay urgencia. Esta hipótesis ha sido prevista por el Código Civil alemán en tres casos: en caso de mandato, el mandatario puede separarse de las instrucciones dadas, si puede inducirse de las circunstancias la aprobación del mandante si las hubiera conocido. Pero antes de hacerlo debe avisar al mandante y esperar sus instrucciones, si no hay peligro en la demora (art. 665). Una regla análoga existe en el artículo 388 del Código de Comercio alemán y en el artículo 372 del Código de Comercio húngaro. La misma solución á propósito del depósito (art. 692), si se trata de cambiar la forma de la guarda, y si puede suponerse que el depositante aprobaría esta modificación. El artículo 681, relativo á la gestión de negocios, establece que el gestor debe advertir de su gestión al dueño del negocio y esperar sus instrucciones, si no hay peligro en la demora.

Las mismas ideas se encuentran en el Código federal de las obligaciones. Según el artículo 395, el mandatario puede apartarse de las instrucciones, cuando las circunstancias no le permitan pedir órdenes al mandante, si se presume que éste lo habría autorizado si hubiera conocido el estado del negocio y el artículo 435, aplica esta idea al comisionista encargado de vender. Según el artículo 396, el mandatario puede delegar si se ve obligado á ello por las circunstancias.

El artículo 535, por último, establece que en la sociedad es necesario el consentimiento de todos para ejecutar los actos extraordinarios, á menos que haya peligro en la demora.

Lo mismo el Código Civil italiano (artículo 722) permite á un asociado que no está facultado para usar la razón social, hacerlo cuando hay urgencia.

Pero éstas sólo son disposiciones dispersas. En el Código francés la laguna es todavía más sensible. Prevé á veces la urgencia como causa de ruptura del contrato de mandato (art. 2007) (1) ó como causa de caducidad del término á favor del prestador en el préstamo de uso (art. 1889) cuando sobreviene á éste una necesidad apremiante é imprevista de su cosa. Pero el artículo 1724, es el único en prever que la urgencia permite faltar á un contrato diciendo que el propietario puede perturbar al arrendatario con las reparaciones urgentes. Todavía concede derecho á indemnización si duran más de cuarenta días.

¿Qué decidir en los otros casos? Bien osado sería el que pretendiera dar efecto al peligro en la demora. Y sin embargo ¿no es bien duro negarse á darle efecto? Hay tendencia á reconocer que el arrendatario puede hacer las reparaciones urgentes ú otras que el arrendador no hace, pero la doctrina es todavía incierta. (2).

En cuanto al mandatario, hay tendencia á permitirle cambiar la forma de ejecución del mandato si el cambio es indispensable y si debe suponerse que el mandante lo hubiera permitido (3). En la sociedad, la doctrina admite que si hay dos asociados que deben administrar conjuntamente, uno de ellos podrá obrar sólo en caso de urgencia (4).

---

(1) V. el Código suizo, artículo 479.

(2) V. Baudry et Wahl, *Louage*, I, núm. 243, p 120, *Contra:* Laurent, XXV, núm. 12.

(3) Baudry et Wahl, *Mandat*, p. 299, núm. 617; Guillouard, núm. 202.

(4) V. Guillouard, p. 190, núm. 131; Aubry et Rau, IV p. 362. *Contra:* Pont, núm. 359; Laurent, XXVI, núm. 312.

Pero ¿puede el empresario de una obra modificar el trabajo si hay urgencia, ó en la sociedad puede el gerente único ejecutar un acto que exceda sus poderes, si hay peligro en la demora? ¿O puede el depositario en el mismo caso confiar el objeto recibido á un tercero sin estar autorizado para ello? ¿O aquél á quien se ha prestado una cosa puede emplearla en un uso no previsto, y derogar así al artículo 1881 del Código Civil, ó conservarla por más tiempo que el convenido si tiene una necesidad inmediata? Silencio completo de los autores sobre este punto. La cuestión, sin embargo, debe á nuestro juicio resolverse.

La urgencia autoriza é impone aún el separarse de las instrucciones recibidas, de los derechos que se tiene normalmente, cuando hay en esto una ventaja evidente. Y esta urgencia no entrará únicamente en el cuadro de la gestión de negocios, sino en el cuadro de la ejecución misma del contrato, y si se ha estipulado una garantía para asegurar esta ejecución, servirá para los anticipos hechos en caso de urgencia. En efecto, el que ha celebrado un contrato no debe hallarse en la situación absurda de tener que obrar en conformidad al contrato, aún cuando este sea contrario á un interés evidente, como un soldado que no conoce más que su consigna. El derecho debe mirar por el interés general, y no exigir una aplicación, por decirlo así, rectilínea de los contratos. Esta debe adaptarse á los acontecimientos que se presenten. Y en particular la urgencia debe constituir excepción á todas las reglas ó por lo menos á muchas de ellas.

Por último, hay consideraciones humanitarias que pueden permitir al juez modificar la convención. No se aplican en favor de una parte cualquiera, sino de la que es socialmente más interesante.

En el Código suizo encontramos en este sentido el artículo 364, que á propósito de las empresas se expresa así: "Si la ejecución de la obra se detiene ó se hace excesivamente difícil por circunstancias extraordinarias imposibles de prever, y el empresario no ha tomado á su cargo expresamente esta eventualidad, el juez tiene la facultad de acordar un aumento del precio estipulado, ó resolver el contrato." Por el contrario, "el dueño está siempre obligado á pagar el precio íntegro, aunque la obra haya exigido ménos trabajo que el que se preveía."

En el Código Civil alemán, el artículo 519 establece un verdadero beneficio de competencia para el donante. Tiene derecho para negarse á ejecutar una donación, cuando, tomando en cuenta sus demás obligaciones, no se halla en estado de cumplir su promesa sin poner en peligro su propio mantenimiento en conformidad á su situación, ó el pago de las deudas alimenticias que le impone la ley.

Con el mismo espíritu, el Código Civil francés establece el término de gracia (art. 1244).

Hay que relacionar con este el derecho que la jurisprudencia ha reconocido al juez para reducir la remuneración del mandatario que se considera excesiva, derecho de control que permite á la jurisprudencia modificar una promesa excesiva desde el principio ó una promesa que ha llegado á ser excesiva á consecuencia de la facilidad del mandatario para ejecutar su mandato (V. especialmente, Cas. 13 mayo 1884, S. 85. 1. 345).

Se ha querido en gran parte paliar los abusos y la situación enojosa del man-

dante que no puede discutir de antemano la remuneración del mandatario.

Pero cuán poco es todo esto. El artículo 1790 hace soportar al obrero la pérdida de su trabajo si la materia en que trabajaba perece fortuitamente. Sería conveniente que la ley por una serie de disposiciones especiales estableciera hasta qué punto y en qué contratos hay que tomar en cuenta las consideraciones de humanidad, por ejemplo respecto á un obrero, á un empresario. El juez desgraciadamente no lo puede.

CONCLUSIÓN

Tratemos ahora de deducir una conclusión de esta serie de comprobaciones tomadas de materias muy diversas. Ella no debe ser la de una perpétua evolución de nuestra teoría sobre la modificación de los contratos. Sin duda todo se modifica á la larga. Hay, sin embargo, en la marcha de las cosas mesetas hácia las cuales avanzan las instituciones, de suerte que nuestro corto rayo visual debe creer que es ese el término definitivo.

En materia de modificación de los contratos, se nos presenta una idea: que la voluntad humana no es y no debe ser soberana sino en la dirección general que da á los negocios en que interviene. Un individuo hace una fundación, otro acepta un mandato, presta un objeto. Es una iniciativa. Una vez vaciada en el molde de un contrato, debe ser respetada. Pero pueden cambiarse sus modalidades, como deben enderezarse las ramas de un árbol que crecen en malas direcciones. La modificación sólo puede versar sobre un punto no esencial. El derecho llegará poco á poco á prever, por lo menos hay que esperarlo, los puntos secundarios susceptibles de una transformación por voluntad unilateral.

Aunque colocados en un plano algo secundario, no deben por eso llamar menos la atención. En primer lugar, porque la vista de sus cambios nos lleva á un concepto menos rígido del efecto de los contratos que el que se tiene comunmente. Después, porque estas partes complementarias de la convención tienen á menudo más importancia que la que se cree para la ejecución misma del contrato. Ellas pueden facilitarla ó ser un obstáculo. No es indiferente poder ejercitar provisoriamente un derecho de retención ó poder dar nuevas instrucciones á un mandatario ó á un empresario, y esto para la realización misma del objeto principal que se ha propuesto. Las cláusulas accesorias de un contrato son como las obras avanzadas de una plaza fuerte. Pero, es preciso también poder modificarlas ó completarlas en el curso de la lucha que se sostiene.

No hay, pues, *a priori* contrato que no pueda modificarse útilmente por voluntad unilateral. Pero, el perjuicio que pueda resultar para aquel contra quien se invoca esta modificación hace inmediatamente limitar esta idea. Y entonces pueden presentarse diversos sistemas:

O el perjuicio que proviene de la modificación no será en general muy grave. Esta será posible desde que se presentan ciertas circunstancias. La ley, razonando como habrían podido hacerlo las partes, si hubieran sido ó podido ser más perspicaces, permite un cambio en la redacción del contrato. Coloca las cosas en el punto necesario para permitir llegar más pronto al resultado.

O por el contrario, puede producirse un perjuicio serio: entonces pueden exi-

girse diversas garantías. Pueden consistir en la aprobación del acto por el voto de una mayoría imponente, como cuando se trata de revisar los estatutos de una sociedad por acciones, ó en una intervención de la justicia, como en el caso de caducidad del término, ó en las dos cosas simultáneamente. Puede aún intervenir la misma ley, ó la autoridad administrativa, como cuando se trata de trasformar el funcionamiento de una fundación.

Este margen en que se mueven las modificaciones unilaterales de los contratos, se encuentra estrechado por otras partes. El contrato no puede nunca modificarse de suerte que haga correr un riesgo mayor de inejecución á la otra parte, por lo menos si no es culpable. No se puede suprimir una garantía dada, no se puede tampoco hacer pesar sobre otro una obligación, sino cuando esto es indispensable: un establecimiento que ha recibido una fundación y no puede ejecutarla. Y todavía en este caso sería necesario decir que el establecimiento nuevo que va á suceder en la carga deberá ofrecer garantías de solvencia, lo que siempre se ha observado en la práctica.

Por último, y esta observación tiene un alcance menos preciso que las anteriores, á medida que la modificación sea en sí misma más importante, será más frecuente que cree ó modifique no una obligación de hacer, sino una simple obligación de no hacer ó de dejar hacer.

En este espacio ancho todavía en que hemos tratado de encerrar nuestra teoría, hay lugar para una serie de innovaciones á que el juez ó el legislador podrán dar nacimiento en su hora. Nos parece que ésta está próxima en muchos puntos, exigida por una necesidad de más justicia y humanidad. La visión de teorias de una lógica bella, de principios dominadores, no debe ocultarnos la vista real de las cosas, y debemos tratar de buscar el medio de amoldarlas sin violencia en las formas jurídicas, ni la necesidad de plegar éstas á los aspectos mudables de la vida, y en particular para el derecho contractual de no obrar sobre las energías buenas como un peso que las aplaste, sino como un tutor que las mantiene dejándolas desarrollarse.

R. Demogue

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

EXTRATERRITORIALIDAD

Uno de los puntos más interesantes, y en que discrepa la opinión de los tratadistas de Derecho Internacional, es el relativo á la *extraterritorialidad*, ó sea la ficción de suponer fuera del país en que residen y dentro del propio país que representan, á los agentes diplomáticos.

Las cuestiones que con este motivo pueden suscitarse son muchas y de grave importancia.

Recientemente nuestros Tribunales han conocido de un negocio de esta especie, en que el infrascrito, á quién cupo defender á una casa comercial contra un Gobierno extranjero, (1) disiente completamente de la opinión sustentada por una Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

La cuestión propuesta es la siguiente: *Una nave extranjera, que ha comprado víveres en la plaza de Valparaíso ¿puede ser citada á juicio, por intermedio del representante del Gobierno extranjero en Chile?*

La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago ha contestado negativamente.

Sin embargo, si bien se puede alegar en favor de esta doctrina, la rutina tradicional; el espíritu moderno, representado por conspícuos y respetados autores, abandona el antiguo sistema, para adoptar el nuevo, que acepta la responsabilidad civil de los Gobiernos extranjeros; lo que se conforma con la índole actual del progreso humano, en que la facilidad y rapidez de las comunicaciones, y la solidaridad universal, que es su consecuencia, han modificado profundamente la generalidad de las nociones del Derecho Internacional antiguo.

Se puede decir que acerca del punto en estudio el Derecho Internacional se divide en dos grandes escuelas.

Pertenecen á la primera Grocio, Wattel, Phillimore, Newman, Ortolan, Travers Twiss y varios otros.

(1) Carlos Oswald y C.ª contra el Ministro del Ecuador.

La segunda tiene su más ilustre representante en Pascual Fiore, autor del tratado más completo y magistral que se haya escrito sobre el Derecho Internacional.

La primera de las escuelas mencionadas reconoce en la *extraterritorialidad* una ficción necesaria para el mantenimiento de los preceptos del Derecho de Gentes, y formula como sigue las responsabilidades de una nave extranjera, ante la jurisdicción territorial:

"Si no hay prohibición—dice Travers Twiss (1)—los puertos de una nación amiga se consideran abiertos á los buques de guerra de todos los poderes con quienes está en paz, con fines de hospitalidad y se supone que entran á tales puertos con el beneplácito del poder soberano de la plaza. Se supone que esta implícita licencia lleva consigo la total exención de la jurisdicción territorial. Un navío de guerra representa el poder soberano de la nación, bajo cuya bandera navega... A este respecto, un buque de guerra se asemeja á un ejército que marcha con consentimiento del soberano á través de un territorio neutral. Ni el buque de guerra ni el ejército autorizado para atravesar el país neutral *caen bajo la jurisdicción del Estado extranjero.*"

Para la segunda escuela, la ficción de *extraterritorialidad* no existe, y las inmunidades que ella genera, son estimadas sólo como actos de cortesía ó medios de conservar la independencia de las funciones del agente diplomático.

Así ha podido decir Bourdon-Viane: "No se admite ya que la casa de la embajada sea una porción ficticia del territorio extranjero, ficción á la cual se da el nombre de *extraterritorialidad.*" (1).

A este respecto el Tribunal de Ginebra declaró "*que el privilegio de extraterritorialidad acordado á los buques de guerra ha sido admitido en el Derecho Internacional, no como un derecho absoluto, sino solamente como un principio de cortesía y mutua deferencia entre diferentes naciones*".

Comentando Wharton (2) esta declaración dice: "Esto está de acuerdo con la práctica de los Estados Unidos, y en los primeros tiempos de la República el Procurador General (*Attorney-General*) Lee sostuvo la opinión de que podía ser citado á juicio civil ó criminal cualquiera persona que se hallase á bordo de un buque británico que se encontrase en aguas territoriales".

Sobre este mismo punto, el mismo autor cita (§ 36) la resolución del Secretario de Estado Mr. Randolf (julio 23 de 1794) que dice: "Pero los empleados de un buque de guerra perteneciente á una nación extranjera no pueden invocar la extraterritorialidad cuando desembarcan desprovistos de carácter oficial, en un puerto en que se halle un buque fondeado temporalmente".

Es natural creer que la cortesía y respeto debidos al Estado extranjero no llegan á sustraer de la jurisdicción territorial los actos puramente civiles ó ejecutados dentro de la esfera comercial, por los empleados ó representantes de la potencia extranjera.

Sobre ésta materia es digna de toda atención, puesto que emana de una elevada autoridad política y expresa la opi-

(1) Travers Twiss, *The Law of Nations.*

(1) Bourdon-Viane. *Compendio de Derecho Internacional Público*, trad. de E. Phillips.

(2) Wharton, *Digest of the International Law.*

nión del Gobierno norte-americano, la nota dirigida por Mr. Fish, Secretario de Estado de la Unión, á Mr. Jay en 1874 (Wharton, § 92):

"Se puede creer, dice, que la tendencia de la opinión respecto á las inmunidades diplomáticas se inclina decididamente á restringirlas á lo que pareciere indispensable para habilitar á los agentes diplomáticos para el cumplimiento de sus funciones de un modo seguro y conveniente. La doctrina extrema de las inmunidades, que fué necesaria en épocas de barbarie, ó de relaciones entre pueblos incultos, ha cedido felizmente ante el progreso del cristianismo y de la cultura moderna..... Un enviado diplomático no está amparado con la inmunidad para favorecerlo en las controversias personales, ó para escapar á las responsabilidades á que de otro modo puede estar sujeto. La aplicación de estas inmunidades debe ser reservada para ocasiones más importantes y delicadas, y nunca debe usarse de ellas cuando los antecedentes del caso particular exponen al enviado á la sospecha de que los alega por interés privado ó para escapar á obligaciones personales ó pecuniarias".

Con tales precedentes no puede decirse que la doctrina de Fiore sea una novedad en el Derecho, cuando establece las reglas siguientes:

a) "Todo Estado tiene derecho á que las personas que lo representan en país extranjero estén exentas de la jurisdicción de la Soberanía territorial, hasta donde sea necesario para la completa salvaguardia de la independencia y dignidad del Estado representado;

b) Para proteger los derechos y dignidad del Estado representado, es necesario que las personas encargadas de representarlo estén exentas de las jurisdicciones territoriales en todos los actos por ellas realizados en su calidad de funcionarios públicos ó agentes diplomáticos.

c) Las personas que representan al Estado pueden ser sometidas á la jurisdicción ordinaria en los actos que realicen como particulares y en la esfera del derecho privado" (1).

Y hablando de la responsabilidad de las naves de guerra, dice:

"Nº 541. *a)* La soberanía territorial no tiene derecho á ingerirse en lo que ocurra *á bordo* de un buque de guerra, etc , etc:

b) La soberanía territorial tiene completa facultad de hacer cuanto juzgue conveniente á la defensa del Estado y *á la tutela de los derechos* y del orden público."

Esta doctrina se mantiene sin quebrantos ni vacilaciones, en todo el Tratado de Fiore, y copiando sus propias palabras se puede sentar del modo siguiente:

"El Estado tiene, en efecto, una doble personalidad, la política y la civil, y por consiguiente una doble capacidad. Cuando posee y administra su patrimonio, y realiza los actos propios de la gestión respectiva; cuando contrata, enajena, provee á la administración y realiza los actos de la vida civil que son compatibles con su naturaleza *uti universitas*, entrando así en las relaciones de la vida privada, debe ser objeto de las mismas reglas de derecho privado que rigen las relaciones de las personas."

En Francia la extraterritorialidad se funda en un decreto de la Revolución (13

---

(1) P. Fiore *Tratado de Derecho Internacional Público.*

ventoso, año II) que ha sido respetado en absoluto por los Tribunales franceses. Dicho decreto dispone que sólo el Poder Ejecutivo es competente para conocer en las reclamaciones presentadas contra los agentes diplomáticos.

En Inglaterra é Italia, los Tribunales ordinarios son competentes para conocer en los juicios entablados contra los diplomáticos, si bien aplicando las reglas del Derecho Internacional.

Se pueden citar varios casos históricos en Europa, en que las naves de un Gobierno extranjero, y aún los muebles de un Ministro diplomático, han sido embargados por los Tribunales del país, para responder á deudas contraídas.

Si nos aproximamos al derecho patrio encontramos que la doctrina de Fiore ha allegado generalmente las opiniones más ilustradas.

"Este autor (Fiore)—dice don Manuel E. Ballesteros en sus comentarios sobre la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales—propone reemplazar la doctrina tradicional con otra, según la cual, nadie puede prevalerse de su calidad de agente diplomático para declinar la jurisdicción del Estado ante quien está acreditado, para todos los actos de la vida civil respecto de los cuales está admitida la competencia de los tribunales territoriales según los principios del derecho común, salvo que estos actos hayan sido ejecutados por él en la calidad de representante del Estado extranjero y por cuenta de ese Estado, pues entonces sería menester aplicar las reglas establecidas para el ejercicio de la jurisdicción civil relativamente á los actos de los Gobiernos extranjeros.

Tal parece ser la tendencia de la doctrina que ha prevalecido en Chile desde su emancipación política, y que ha servido de base á diversas leyes."

Por otra parte, don Miguel Cruchaga T. en su obra sobre Derecho Internacional, adoptado como testo de estudio en la Universidad del Estado, acepta sin contrapeso la misma doctrina y concluye, después de exponer las opiniones de los tratadistas sobre este punto: "La regla debe ser, pues, la misma respecto á uno y á otro Gobierno; es decir, que cuando el Estado, en el ejercicio de sus funciones, entre en el dominio de las relaciones privadas y asuma obligaciones para con los particulares, las cuales por su propia naturaleza se hallen bajo el imperio del derecho privado, está obligado á cumplirlas y puede ser obligado á ello por los tribunales ordinarios.

Creo que ésta es también la doctrina de nuestra legislación; doctrina que si se ha abandonado en uno que otro caso, ha sido reconocida también por nuestros tribunales y por el Gobierno de la República no hace muchos años.

El artículo 67, núm. 3°, de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales somete á los agentes diplomáticos á la jurisdicción de nuestros Tribunales de Justicia, reconociéndoles el fuero especial de ser juzgados por la Corte de Apelaciones respectiva en "aquellas causas civiles ó criminales en que sean parte ó tengan interés."

La ley establece con toda claridad que se trata de causas civiles, de derecho común, y no de asuntos afectos al carácter diplomático de un Ministro extranjero, de lo que resulta con toda evidencia que si el diplomático no paga, por ejemplo, sus deudas, puede ser demandado para obtener su cancelación, del mismo modo que el personal de un buque de guerra

puede serlo ante nuestros Tribunales, para que satisfaga el precio de los víveres que ha podido pedir á una casa comercial.

Se dirá, tal vez, que el Ministro no es responsable de estos hechos, ó que no es representante del buque extranjero; pero en el caso mencionado no se ha discutido la *personería* del Ministro, sino la *competencia* de nuestros Tribunales para citarlo á juicio.

Sería ingrato é injusto pensar que esta competencia de la justicia territorial fuese sólo para aquellos casos en que el Ministro diplomático figure como demandante y no como demandado, colocándose en una situación de preferencia que no tiene ningún Gobierno de un país civilizado.

Por lo demás, la ley no hace tal distinción, y es conocido el axioma de derecho que dice que "donde la ley no distingue no es dado al hombre distinguir", axioma que guarda conformidad con la sana hermenéutica establecida en el artículo 19 del Código Civil patrio.

"En Chile—dice el señor Cruchaga, en su obra citada—se han tramitado ante los jueces ordinarios dos causas seguidas entre una institución de crédito y un Gobierno extranjero. Aquélla y éste han sido respectivamente demandante y demandado, con motivo de una comisión por un empréstito, reconociéndose de esta manera la jurisdicción de nuestros tribunales por el precitado Gobierno y acatando sus resoluciones".

En los juicios aludidos (seguidos entre el Gobierno de Bolivia y el Banco Garantizador de Valores) no se discutió la competencia; fueron tramitados ante el Juez de Comercio señor Henríquez y obtuvieron sentencia de término el 14 de abril de 1896 y el 23 de marzo de 1901.

Debemos citar también una interesante incidencia de nuestra historia diplomática, en que el Gobierno de Chile reconoció expresamente la jurisdicción de un tribunal extranjero, ante el cual fué demandado.

Con motivo de la revolución de 1891, la Junta de Gobierno ocupó el vapor *Arequipa* para trasladarse al sur. La Compañía de Vapores demandó al Gobierno de Chile ante los Tribunales de Lima, los cuales lo condenaron á pagar la cantidad de $ 31.000.

El Gobierno de la República presentó poco después un Mensaje al Congreso Nacional pidiendo fondos para cumplir esta sentencia.

Si el contrato se hubiera celebrado en el Perú, la correcta actitud de nuestro Gobierno en esa ocasión, vendría á corroborar en todas sus partes la doctrina que hemos expuesto en las páginas anteriores. Si se hubiera celebrado en Chile, sólo á nuestros Tribunales habría correspondido el conocimiento de aquel litigio.

La descarnada exposición de principios y doctrinas que precede, pueden manifestar al lector la grande importancia que reviste el problema que se ha propuesto á la resolución de los Tribunales (1).

---

(1) Las resoluciones á que se refiere este artículo son del tenor siguiente:

Santiago, once de Septiembre de mil novecientos siete.—Vistos: con lo expuesto por el señor Ministro del Ecuador en la nota precedente, se declara que este Tribunal es incompetente para intervenir en el conocimiento de la demanda deducida contra él por Carlos Osvald y C.ª—Agréguese el papel sellado.—*A. Bezanilla Silva.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones resolvió:—Santiago, cinco de noviembre de mil novecientos siete.— Vistos: Se confirma la resolución apelada de once de septiebre último, con costas del recurso. — *Felipe Herrera.— Elías de la Cruz.—J. Astorquiza L.*

Los intereses particulares por mas respetables y sagrados que sean casi se desvanecen ante los altos intereses de la soberanía nacional.

No nos parece atinada la recomendación de Bourdon-Viane de tramitar estos cobros por la vía diplomática, pues no es posible cerrar las puertas de la justicia, que deben estar siempre abiertas, á los intereses conculcados, bajo un vano pretexto de *extraterritorialidad*, noción que ha desaparecido ya del Derecho moderno, como tantas otras ficciones.

Podemos, pues, concluir que el intercambio comercial y la vida más intensa, que, con motivo de los adelantos industriales aportados en los últimos períodos por la ciencia, viven los pueblos civilizados, permiten esperar que la jurisdicción territorial sea reconocida para los actos puramente civiles que ejecuten los gobiernos extranjeros ó sus representantes y que á este fin tiendan los actos de los Poderes Públicos, si quieren tutelar y salvaguardiar los intereses privados que se han creado á la sombra y al amparo de nuestras leyes.

RAMÓN BRIONES LUCO.

EXÁMEN DE ALGUNAS CUESTIONES

RELATIVAS A LA DONACIÓN CONTENIDA EN UN SEGURO EN CASO DE MUERTE EN FAVOR DE UN TERCERO DETERMINADO

Por

M. P. Lacoste

Profesor de la Facultad de Derecho de Aix.

1. El seguro en caso de muerte á favor de un tercero determinado encierra ordinariamente una liberalidad; á menudo el tercero para quien estipula la persona asegurada el pago de un capital recibe de ella una donación. Pero se ha preguntado mucho, y se pregunta todavía, cuál es precisamente la cosa donada.

2. M. Wahl ha trazado en la *Revue trimestrielle de Droit civil* (1) la evolución de la jurisprudencia sobre el punto de que hablamos. La Corte de Casación ha hecho versar primeramente la donación sobre el capital del seguro; después ha abandonado bajo ciertos respectos su opinión, pero la ha mantenido desde el punto de vista de la acumulación en las sucesiones y desde el punto de vista de la cuota disponible; por fin la ha realizado también desde estos dos puntos de vista y ha sustraido el capital á la acción de los coherederos y de los herederos legitimarios.

Al principio la Corte Suprema admitía que el derecho al capital correspondía en primer lugar al asegurado mismo, y era cedido por él al tercero beneficiario del seguro; el crédito contra la Compañía de seguros salía del patrimonio del primero para entrar en el patrimonio del segundo (1).—Tal era el sistema que, á juicio de la Corte Suprema, se desprendía del artículo 1121 del Código Civil, rela-

(1) *L' Assurance en cas de décès au point de vue du rapport successoral, de la quotité disponible et des récompenses, Rev. trimestrielle*, 1902, p 24 y s.

(2) Cas,. 15 dic. 1873 (S. 74. 1. 199, D. 74. 1. 113);—2 marzo 1881 (S. 81-1-145, D. 81 1 401).—V tambien el informe del consejero M. Dumon en Cas., 10 de nov. 1874 (S. 75-1-107).

tivo á la estipulación por otro. Con este sistema, la donación hècha al beneficiario del seguro tenía naturalmente por objeto el capital estipulado á su favor.

Después la Corte de Casación, por una nueva interpretación del artículo 1121, resolvió que el derecho al capital nacía en la cabeza del beneficiario y no había formado nunca parte del patrimonio del suscritor de la póliza. Entonces se presentó la cuestión de saber si la donación contenida en el contrato de seguro tenía por objeto el capital que entraba directamente al patrimonio del tercero, ó las primas salidas del patrimonio del asegurado.

En una serie de sentencias expedidas en 1888 (1) la Corte reguladora respondió con la distinción siguiente. Para la aplicación de los artículos 446, 559 y 564 del Código de Comercio, la donación tiene por objeto las primas (2); porque esos artículos tienen simplemente por objeto hacer volver á la masa de la quiebra los valores que habían salido de ella en detrimento de los acreedores. Para la aplicación de las reglas de la acumulación y de las legítimas, la donación tiene por objeto el capital: hay que hacer entrar en cuenta, y considerar como donado indirectamente todo aquello en que ha enriquecido al donatario el contrato de seguro.

La distinción fué vivamente criticada; la Corte Suprema fué acusada de contradicción. Era preciso, se decía, hacer versar la donación bajo todos respectos sobre el capital ó hacerla versar bajo todos respectos sobre las primas. Y los partidarios de la segunda solución invocaban en apoyo de su sistema la manera como se forma el capital del seguro. Este capital no resulta de simples desembolsos del contratante; se forma con la acumulación de las primas pagadas á la Compañía por el conjunto de los asegurados, y con las combinaciones que permite esta acumulación. Es un valor creado por las combinaciones del seguro; es, según la expresión usada, un valor creado por el seguro. Se deducía de esto que ese valor no era de parte del que contrataba objeto de una donación ni aún indirecta. Por consiguiente, no debía someterse en manera alguna á las reglas de las donaciones; debía escapar á la acumulación y á la reducción, como á las disposiciones restrictivas de la legislación de las quiebras.

En 1896 la Corte de Casación aceptó esta solución. Declaró que el capital del seguro no se tomaba en cuenta para el cálculo de las legítimas. (1) Su decisión no excluye expresamente más que la reducción, pero el fallo está motivado de tal suerte que contiene también, implícitamente, la exclusión de la acumulación.

Según la jurisprudencia actual de la Corte Suprema, la donación hecha al tercero beneficiario del seguro no versa, pues, sobre el capital, sino sobre las primas. (2)

3. Si el capital es inferior al total de las primas pagadas, ¿versa la donación por lo ménos sobre este total? ¿No debe decirse que en esta hipótesis no hay donación de las primas sino hasta concu-

(3) V. S. 88-1-121, D. 88 1-77 y 193.

(4) La Corte de Casación no lo dice expresamente, pero se la idea que se desprende de sus sentencias. V. Cas., 22 febrero y 27 marzo 1888 (S. 88-1-130, D. 88-1-198), y la nota de M. Crepon en S. 88-1 125.

(1) Cas., 29 junio 1896 (S. 96-1-361, D. 97-1 75.

(2) Cas., 29 de junio 1896 (S. 96-1 361, D. 97-1-73.

rrencia del monto del capital? La Corte de Casación no se ha pronunciado todavía sobre este punto, que promueve una viva controversia. (1)

Hay otro punto sobre el cual sería de desear que se le presentara la ocasión de explicarse. Ha declarado que la liberalidad que importan las primas no caía bajo los artículos 559 y 564 del Código de Comercio sino "según las circunstancias." (2) ¿Qué significan exactamente estas palabras? Además, ¿debe admitirse un temperamento análogo en materia de cesación de pagos, de acumulación y de reducción?

Pero si hay respecto á las primas cuestiones sobre las cuales permanece todavía en la sombra el pensamiento de la Corte Suprema, hay, desde la sentencia de 29 de junio de 1896, un punto cierto, y es que para la Corte de Casación, la donación comprendida en el seguro no versa sobre el capital (3), y tiene por objeto las primas.

4. La solución consagrada en este fallo ha encontrado por otra parte resistencias en una parte de la doctrina (1), y en ciertos tribunales (2). Pero creemos que puede justificarse (3), y vamos á com-

---

(1) La sentencia de 29 de junio de 1896 es muy clara en lo que concierne al capital. En cuanto á las primas, no dice formalmente que ellas son el objeto de la donación, pero, si hay una donación no puede evidentemente versar sino sobre el capital ó sobre las primas.

(2) V. París, 10 enero 1900 (S. 1904 2-105, nota de M. Wahl, D. 1900-2-489, nota de M. Dupuich:) V. también Wahl, nota en S. 1900 2-3, y el artículo antes citado sobre el seguro en caso de muerte, *Rev. trimestrielle*, 1902, p. 54 y s. 62 y s.

(3) Así sucede, por lo menos, si el tercero es designado por la póliza de seguro ó por un acto posterior que se repita formar parte integrante de la póliza: Cas., 7 agosto 1888 (S. 89-1-97, D. 89-1 118); 24 febrero 1902 (S. 1902-1-165, D. 1903 1-433). Después de un fallo reciente puede decirse que sucede lo mismo cuando el tercero es designado por un endoso de la póliza á su favor. Hay que observar que cuando el tercero está designado por el asegurado en un testamento, la Corte de Casación ha declarado que había entonces una liberalidad cuyo objeto era el capital. El derecho al capital, leemos en los considerandos del fallo antes citado de 24 de febrero de 1902, forma parte del patrimonio del testador hasta su muerte, y en virtud del testamento pasa del patrimonio del testador al del legatario: se trata, pues, de una liberalidad que versa sobre el capital. Podría preguntarse si en caso de endoso, la Corte de Casación haría también entrar primero el capital en el patrimonio del asegurado, lo que habría hecho de él el objeto de la liberalidad, como en caso de testamento. Pero ha declarado que, cuando el tercero es designado por vía de endoso, el derecho al capital nace en su cabeza, como cuando es designado por la póliza de seguro. Se objetaba que un endoso sirve para efectuar la cesión ó la trasmisión de un derecho, y que, por consiguiente, el endoso de una póliza de seguro implica la existencia del crédito del capital en el patrimonio del endosante y su trasmisión al tercero beneficiario del seguro. La Corte Suprema ha pensado que, si el objeto ordinario de un endoso es efectuar una cesión, no es su objeto necesario, y que el endoso de la póliza de seguro á favor de un tercero no es más que un modo de ejecución de la cláusula de la póliza que permite al asegurado designar al beneficiario á su arbitrio: Cas. 4 de mayo de 1904 (S. 1904. 1-385).

Como puede hacerse un razonamiento análogo para el caso de designación del beneficiario por testamento (v. Lyon. Caen, nota en S. en Cas., 4 mayo de 1904, antes citada; Et. Perreau, *Rev. crit.*, 1905, p. 129), no nos sorprenderíamos de que la Corte de Casación abandonara, cuando se presentara la ocasión, la manera de ver que ha adoptado en materia de testamento en el fallo de 1902. Por el mismo motivo, puede esperarse ver á la Corte Suprema abandonar (como lo hace el proyecto de ley sobre el contrato de seguro presentado á la Cámara el 12 de julio de 1904), la idea de cesión, de trasmisión cuando el tercero ha sido designado por medio de las formalidades del artículo 1,690 del Código Civil. De suerte que, en definitiva, la Corte de Casación hará versar la liberalidad sobre las primas, y nó sobre el capital, de cualquiera manera que haya sido designado al tercero beneficiario.

(1) V. Charmont, *Rev. critique* 1897. p. 334 y s; Vigié, *Rev. critique*, 1901, p. 211 y s.

(2) V. Douai, 16 enero 1897 (S. 1901. 1-9): Rouen, 29 mayo 1897 (S. 1900. 2-1).

(3) Sin duda el capital del seguro podía ser el objeto de la donación, no habiendo formado nunca parte del patrimonio del asegurado una cosa do-

binarla con algunas reglas del derecho matrimonial y una disposición relativa á la legislación fiscal.

DERECHO MATRIMONIAL

5. A.—*Comunidad legal: seguro contratado por el marido á favor de la mujer.*—Una persona estipula que á su muerte una compañía de seguros pagará un capital á su mujer y los dos cónyuges están casados bajo el régimen de la comunidad legal: el capital ¿es un bien propio de la mujer ó un bien común?

6. Si el marido sacara de su patrimonio uno de sus bienes propios y lo donara á la mujer, el bien donado no entraría en la comunidad, aun en el caso de que fuera un bien mueble; sería un bien propio de la mujer. No se aplicaría aquí la regla según la cual, en el régimen de la comunidad legal, los muebles adquiridos á título gratuito durante el matrimonio pertenecen á la comunidad, lo mismo que los muebles adquiridos á título oneroso. Los esposos pueden hacerse donaciones (art. 1906 C. Civ.): pueden por una donación hacer pasar un bien, hacerlo pasar en su totalidad, del patrimonio del uno al del otro; y es de presumir que el esposo donante, cuando hay comunidad de bienes y dona uno de sus muebles propios, no ha entendido hacerá su cónyuge simplemente copropietario; ha que-

---

nada, puede no haber formado nunca parte del patrimonio del donante. Así, tomemos precisamente el caso de una estipulación por otro: el estipulante puede donar á un tercero un inmueble perteneciente al promitente sin que sea necesario que la propiedad de este inmueble se trasfiera previamente por el promitente al estipulante; el donatario no adquiere, entonces, sino indirectamente el inmueble del donante, pero, esto no impide de ninguna manera que sea el inmueble la cosa donada. Además, la idea de que el capital de un seguro sobre la vida es un valor creado por el seguro, no es un obstáculo para que él sea el objeto de la liberalidad del contratante; porque este capital es por lo menos, la representación de las primas que el asegurado debe pagar (V. *infra*, núm 1). Si en la estipulación por otro que se encuentra en el seguro en caso de muerte á favor de un tercero determinado, no consideramos como el objeto de la donación el capital que el asegurado se ha comprometido á pagar al tercero, es simplemente por interpretación de la voluntad presunta del asegurado. No es probable que el asegurado haya querido donar al tercero el capital, tan superior al monto de las primas como se le suponga, cuando el tercero podía procurarse esta misma suma con la simple donación de las primas. Si el tercero hubiera contratado un seguro á su favor sobre la cabeza del donante, si se hubiera hecho prometer por la compañía esta misma suma pagadera á la muerte del donante, ¿que habría tenido que pagar? El monto de las primas. Habría tenido que pagar precisamente las primas que tendrá que pagar al asegurado por quien es gratificado. Entonces ¿porqué el asegurado donaría al tercero el capital del seguro? Sería una liberalidad superflua. En consecuencia, cuando el asegurado no se ha explicado, como sucede ordinariamente, sobre el objeto de la donación, debe presumirse que versa sobre las primas.

Acabamos de suponer un capital superior al monto de las primas; es la hipótesis de que se preocupan habitualmente los adversarios de la solución adoptada por la sentencia de 1896. Consideremos la hipótesis inversa, y supongamos el capital inferior al monto de las primas. En este caso, si se admite que la donación hecha al tercero beneficiario de un seguro, teniendo por objeto las primas, no excede el monto del capital, es indiferente saber si en nuestra especie la liberalidad versa sobre el capital ó sobre las primas. Si se decide que la donación hecha al tercero beneficiario de un seguro versa sobre la totalidad del monto de las primas, aún cuando este monto sea más elevado que el del capital, observaremos que á menudo el tercero á cuyo favor se contrata un seguro, no acepta la estipulación si no después de la muerte del asegurado; y naturalmente, si estima que la liberalidad que se le hace ha de importarle una pérdida, no la aceptará. Lo más á menudo el asegurado no tendrá, pues, que temer que al donar las primas imponga una pérdida al tercero beneficiario del seguro. Por consiguiente, es verosímil que la consideración de la eventualidad de primas que excedan al capital, si se presentara al espíritu del asegurado, no influiría ordinariamente en su voluntad, y no tendría por efecto hacer que hiciera versar la liberalidad sobre el capital.

rido conferirle la propiedad exclusiva, y por consiguiente, el bien mueble no entra á formar parte de la comunidad y será un bien propio del cónyuge.

No podría objetarse que, permitir á un esposo hacer un bien propio de un bien que, según la composición del activo asignado por el Código Civil á la comunidad legal, debería ser un bien común, es violar el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales. Admitimos perfectamente que este principio, que no liga, en un cierto sentido á los terceros donantes, rige por el contrario las donaciones entre esposos. Así, cuando dos esposos están casados bajo el régimen dotal, y en el contrato de matrimonio se han declarado dotales todos los bienes futuros, el marido, á diferencia de un tercero donante, no podría donar un inmueble á la mujer á condicion de que quedara sustraído á la inalienabilidad. Pero, el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales debe conciliarse con el artículo que autoriza á los esposos para hacerse donaciones entre vivos. Por medio de estas donaciones puede hacer pasar totalmente un bien de su patrimonio al de su cónyuge; por consiguiente, debe averiguarse qué extensión ha querido dar á la liberalidad; y bajo el régimen de la comunidad la interpretación de su voluntad conduce á decidir que al donar uno de sus bienes propios tiene la intención de hacer de él, nó un bien común, sino un bien propio de su cónyuge.

Un mueble propio donado por el marido á su mujer escapa, pues, á la regla que hace entrar en la comunidad legal los muebles adquiridos durante el matrimonio, y pasa a ser un bien propio de la mujer.

7. Si el marido, en vez de donar un mueble comprendido en sus bienes propios, hiciera á su mujer, por medio de una estipulación por otro de que ella fuera la beneficiaria, la donación indirecta de un mueble perteneciente al promitente, convendría adoptar en esta hipótesis, por identidad de motivos, la misma solución que en la hipótesis precedente. Los cónyuges, en virtud de su derecho de hacerse donaciones tanto directas como indirectas, pueden hacer pasar totalmente al patrimonio de su cónyuge, un mueble de la persona que en una estipulación por otro, desempeña el papel de promitente; y por interpretación de la voluntad del cónyuge donante, debe decidirse que este mueble no entra en la comunidad existente entre él y el cónyuge donatario, y pasa á ser propiedad de este último.

8. Llegamos ahora á la hipótesis de un seguro sobre la vida. Se sabe que cuando, con la intención de hacer una liberalidad, un individuo ha estipulado que á su muerte una compañía de seguros pagaría un capital á un tercero determinado, el crédito que, en virtud de esta estipulación, nace en la cabeza del tercero, no es de parte del estipulante, según la teoría de la Corte de Casación, objeto de una donación ni directa ni indirecta; el estipulante dona al tercero las primas. En cuanto al crédito contra la compañía de seguros, el tercero lo adquiere á título gratuito, pero no es el objeto de la donación. ¿No debe resultar de esto que, cuando un marido, bajo el régimen de la comunidad legal, estipula que á su muerte, una compañía de seguros pagará un capital á su mujer, este crédito será un bien común? El marido tiene, á nuestro juicio, la intención de hacer una liberalidad; hace donación á su mujer de las

primas que serán pagadas por la comunidad (1); pero, ¿no será un bien común el crédito que nace en la cabeza de la mujer?

Creemos que será un bien propio; pero se trata de saber por qué razonamiento le reconocemos esta calidad.

9. Parece, á primera vista, que debería decirse: el crédito comienza por ser un valor común, después se convierte en un bien propio. Comienza por ser un valor común; porque, en el momento mismo que nace en la cabeza de la mujer, no es un valor donado por el marido, cuya donación versa sobre las primas; la voluntad del marido no podría, pues, impedir que el crédito contra la compañía de seguros entrase en la comunidad; su voluntad no podría apartar la regla, según la cual los muebles adquiridos durante el matrimonio son bienes comunes. Sólo que el crédito no permanece común más que un instante de razón; una vez que entra á la comunidad, el marido puede donarlo á su mujer, ya que puede donar á esta última un bien de la comunidad, como á cualquiera otra persona; y por esta donación, que no exige, por otra parte, un acto nuevo, que está implícitamente comprendida en la estipución por otro, el crédito pasa á ser un bien propio de la mujer. Si el marido no ha podido impedir que entre á la comunidad, ha podido, por lo menos, hacerlo salir de ella inmediatamente.

Pero, con este razonamiento, como se vé, la donación del marido versa simplemente sobre las primas sólo un instante de razón, y en seguida versa sobre el crédito contra la compañía de seguros. Sin duda, siendo la mujer copropietaria en la comunidad, la donación no tiene por objeto la totalidad del crédito; tiene por objeto, por lo menos, la mitad; esta mitad se toma en cuenta para el cálculo de las lejítimas y de la parte disponible; está sometida á la acumulación y á las disposiciones restrictivas de los artículos 446,559 y 564 del Código de Comercio. Y de esta manera la mujer no goza de la protección que la nueva jurisprudencia de la Corte de Casación ha tenido por objeto procurar al tercero beneficiario de un seguro sobre la vida.

10. Para que goce de esta protección, es preciso que el crédito no entre á formar parte de la comunidad (1); puede obtenerse este resultado de dos maneras; hay dos maneras de combatir el razonamiento que acabamos de presentar.

---

(1) Contrariamente á la opinión que acabamos de formular, se rechaza aquí generalmente la idea de una donación de las primas, y se decide que en principio la mujer común de bienes que es beneficiaria de un seguro, debe recompensa por las primas á la comunidad existente entre ella y el asegurado. Entre los partidarios de esta segunda opinión, algunos no consideran como donataria á la mujer (V. Amiens, 18 mayo 1897, S. 1901. 2.12); otros ven en la operación una donación, pero que tiene por objeto el capital y no versa sobre las primas (V. Nancy. 16 marzo 1901 S. 1902. 2.7.) A nuestro juicio, la mujer recibe una donación, y en conformidad á la regla que hemos admitido para los demás beneficiarios determinados, ella es donataria de las primas; V. Wahl *Rev. trimestrielle* 1906, p. 67 y s.

(1) Cuando en vez de este crédito se trata de un bien que es objeto de una donoción de parte del marido, será á menudo indiferente decidir que el bien entra directamente en el patrimonio propio de la mujer. Porque, sea que entre directamente, sea que antes de llegar á él pase por la comunidad, de todas maneras es el valor de este bien lo que se tomará en cuenta para la acumulación y la reducción, y para la aplicación de los artículos 446, 559 y 564 del Código de Comercio. Sin embargo, las dos soluciones no producen en todo las mismas consecuencias prácticas: supongamos que el marido haya donado, por una institución contractual, á un hijo nacido del matrimonio la universalidad de los muebles de la comunidad, y que en seguida dona á su mujer veinte obligaciones de ferrocarriles compren-

11. En primer lugar, observaremos que, si el tercero beneficiario de un seguro, en caso de muerte, recibe donación de las primas, y no del capital, adquiere sin embargo el capital por voluntad del estipulante. Esta voluntad que le hace adquirirlo puede determinar, también, la extensión de la adquisición; el estipulante puede, por ejemplo, designar simultáneamente muchos beneficiarios entre los cuales se divida el crédito contra la compañía de seguros, ó por el contrario, designar uno solo que será titular de la totalidad del derecho. Por consiguiente, depende de un marido común de bienes hacer entrar el crédito en la comunidad, ó reservarlo exclusivamente para su mujer. Su voluntad tiene, en suma, relatimente á la adquisición de este crédito, que procura á la mujer sin recibir nada de ella, un poder tan grande como si se tratara de la adquisición de un bien donado (1). Sentado esto, es manifiesto que el marido, al estipular á favor de su mujer, ha querido hacerle adquirir el crédito totalmente, y no hacerla sólo copropietaria; el crédito entra pues directamente en el patrimonio propio de la mujer.

12. Para demostrar que el crédito no atraviesa la comunidad, puede todavía hacerse valer el argumento siguiente. Si el marido dona á la mujer las primas (ó más exactamente la mitad de las primas, puesto que la mujer es copropietaria de los dineros comunes que sirven para pagarlas), se deduce de esto que las primas son un bien propio de la mujer. Ahora bien, el crédito contra la Compañía de seguros se adquiere mediante el pago de estas primas. Este crédito es, pues, un mueble sustituído á un bien propio (1) y siendo bienes propios los muebles sustituídos á un bien propio (Pothier, *De la communauté*, nº 99; C. Civil, art. 1433) (2), el crédito contra la compañía de seguros es un bien propio de la mujer como las primas cuyo lugar ocupan.

Hasta concurrencia de la suma á que se ha elevado el conjunto de las primas pagadas por el marido (3), nos parece difícil rechazar la idea que emitimos. En cuanto á la porción del crédito que excede lo que ha sido necesario pagar á la compañía, en una palabra, en cuanto á la porción del crédito que excede el monto de las primas, se presenta al espíritu una objeción: ¿puede decirse que esta porción ocupe el lugar de las primas? El capital que promete la compañía es un

---

didas en sus bienes propios: si las obligaciones entraran en la comunidad, como el marido, en razón de la institución contractual, no tiene el derecho de donar á su mujer, a menos que se trate de una suma módica, objetos muebles de la comunidad, las obligaciones que hubieran entrado á la comunidad, no pasarían en seguida á ser un bien propio de la mujer y permanecerían comunes.

(1) Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d' un tiers et la jurisprudence*, Le Code Civil, Livre du Centenaire, t. I, pág. 565.

(1) Sin duda es el marido, y no la mujer, el que ha suscrito el seguro. Pero el marido ha estipulado el capital para la mujer, y paga las primas con dinero que dona á la mujer, que, por consiguiente, corresponde en propiedad á esta última. El capital adquirido por ella es, pues, la contra-parte de dineros propios.

(2) Aubry et Rau, *Cours de dr. civil*, 4.ª edic., t V. p. 2-7, § 507· Guillouard *Contrat de mar.*, t. I, n.º 395; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mar.*, 2.ª edic., t. I, n.º 474.

(3) Si admitiéramos el sistema según el cual la prima correspondiente al año de la muerte del asegurado es la única que contribuye á la formación del capital estipulado por él, diríamos: hasta la concurrencia de la última prima anual. Pero, en nuestro concepto, este sistema es combatido con razón: V. Wahl *Rev trimestrielle*, 1902. p, 41 y s.; Balleydier et Capitant, *L' assurance sur la vie et la jurisprudence*. Le Code Civil, Libre du Centenaire, t. I, p. 558 y 559.

valor creado por el seguro; que, no habiendo sido formado únicamente por las primas pagadas en interés de la mujer, sea considerado como la representación de estas primas hasta la concurrencia de su monto, está muy bien; ¿pero hay derecho para decir que las representa aún más allá de esta cifra?

Estimamos, sin embargo, que el crédito contra la compañía de seguros se sustituye á las primas pagadas por el marido, á las primas donadas por él á la mujer, aún en lo que que excede al monto de estas primas. El excedente no es puramente un dón de fortuna, al cual pudiera aplicarse la regla que hace entrar los muebles en la comunidad legal; es un beneficio que se desprende de una convención á título oneroso celebrada por el marido con la compañía de seguros, y que es un elemento de esta convención. Un contrato aleatorio ha sido celebrado con la compañía, y puesto que en cambio del crédito que obtiene la mujer se ha dado uno de sus bienes propios, el crédito forma parte de sus bienes personales. Poco importa por qué combinaciones la compañía llegará á procurar á la mujer el capital prometido; poco importa que en sus cálculos forme una masa de los contratos celebrados con los diversos asegurados, y cuente con la ganancia que obtendrá de los unos para soportar las pérdidas que le hagan sufrir los otros. No por eso cada contrato deja de ser, en cuanto á la totalidad del capital debido á cada interesado, un contrato á título oneroso (1), y, no preocupándonos más que del que ha sido celebrado con el marido, no tenemos que averiguar más que si es ó nó un bien propio de la mujer lo que se da en cambio del capital que ha de recibir. El derecho al capital del seguro se sustituye en el todo á las prestaciones del marido, y entra totalmente en el patrimonio que ha suministrado esas prestaciones; entra, pues, en su totalidad en el patrimonio propio de la mujer (1). Si dos cónyujes estuvieran casados bajo el régimen de la comunidad reducida á las ganancias, y el marido contratara á su favor un seguro sobre la vida y pagara las primas con dineros comunes, el crédito contra la compañía de seguros sería común no sólo hasta la concurrencia de las primas pagadas sino en el todo. Lo mismo, baja el régimen de la comunidad legal, cuando las primas de un seguro sobre la vida se pagan con un valor propio del cónyuge á cuyo favor se contrata el seguro, el crédito contra la compañía de seguros es en su totalidad un bien propio (2).

(1) La concentración de numerosos contratos de seguro en las manos de un mismo asegurador, permite á este contentarse con primas de un monto mucho más moderado que si estuviera reducido á un solo asegurado, y puede darle una gran seguridad: pero no quita á cada contrato su carácter aleatorio, no impide que cada contrato se funde en una reciprocidad de probabilidades entre el asegurador y el asegurado.

(1) Conviene observar á este propósito que, según el punto de vista en que se coloque, la mujer adquiere el capital á título gratuito ó á título oneroso. La mujer no da nada al contratante, que le procura el capital y le dona las primas que sirven para obtenerlo; á este respecto adquiere á título gratuito. Por otra parte, el capital se sustituye á primas que, por efecto de la donación del marido, han pasado á ser un bien propio de la mujer: desde este punto de vista adquiere á título oneroso. Pero, bajo cualquier aspecto que se lo considere, el capital entra en la comunidad.

(2) Dos cónyuges están casados bajo el régimen dotal; todos los bienes futuros han sido declarados dotales, y la mujer contrata á su favor un seguro sobre la vida cuyas primas se pagan con sus dineros parafernales. El crédito contra la compañía de seguros no debe ser considerado como parafernal sólo hasta concurrencia de las primas pagadas, y

13. Hemos indicado dos maneras de razonar para impedir que el capital de un seguro en caso de muerte contratado por un marido común de bienes á favor de su mujer éntre en la comunidad legal. Se ha preguntado si, en vez de invocar, para alcanzar este fin, como lo hemos hecho más arriba (núm. 11), la voluntad del marido de no dejar entrar el capital en la comunidad y de hacerlo llegar directamente al patrimonio propio de la mujer (voluntad cuyo poder por otra parte no se desconoce), se podría llegar al mismo resultado invocando simplemente la voluntad de la mujer de hacer de él un bien propio. El activo de la comunidad legal, se dice, no comprende los muebles que, por su naturaleza rigorosamente personal, se reputa que no ha querido hacer comunes el cónyuge á quien pertenecen. El capital del seguro en caso de muerte contratado á favor de la mujer es uno de estos muebles; el capital pagadero á la muerte del asegurado salvaguardia, en la persona del beneficiario, un interés de porvenir, un interés de existencia, que le da una naturaleza personal y hace de él un bien propio de la mujer (1).

Este argumento descansa en una base que creemos inexacta. A nuestro juicio, un cónyuge no puede, sino en virtud de una disposición expresa, excluir por su sola voluntad de la masa común un mueble, cualquiera que sea, para colocarlo en el número de sus bienes propios. Los muebles entran en la comunidad legal: tal es la regla. Los cónyuges tienen, en el momento en que adoptan este régimen, la facultad de excluir de él los muebles actuales ó futuros que prefieren reservar para su patrimonio propio, y algunos son excluídos tácitamente; pero la exclusión tácita sólo tiene lugar, como la exclusión expresa, por consentimiento de ámbos cónyuges. Todo lo que podemos admitir es que, cuando un cónyuge, en razón de la naturaleza personal de un mueble, lo reserva tácitamente para su patrimonio propio, debe presumirse la adhesión del otro cónyuge, si este último no tiene ningún motivo legítimo para no darla. Pero es preciso sentar el principio de que es necesario el consentimiento del cónyuge, y que la voluntad del que quiere contar el mueble entre sus bienes propios no basta para excluirlo de la comunidad.

La proposición que acabamos de enunciar carece naturalmente de interés en caso de un seguro suscripto por el marido á favor de su mujer, porque hemos constatado la voluntad del marido de no dejar entrar el capital en la comunidad, y que por consiguiente, la voluntad de la mujer no chocará con una voluntad contraria del marido. Pero, nuestra doctrina encuentra aplicación en caso de seguro contratado á favor de la mujer por una persona diversa que su marido, por ejemplo por su padre. Un padre estipula que á su muerte se pagará tal cantidad por una compañía de seguros á su hija; después ésta se casa bajo el régimen de la comunidad legal cuando el capital prometido no es todavía exigible ó no ha sido aún pagado. El crédito contra la compañía de seguros es común (1); y lo

dotal en el resto. Es un crédito obtenido á título oneroso por medio de valores exclusivamente parafernales; es, pues, parafernal en el todo.

(1) Dupuich, nota en Amiens, 18 mayo 1897 (D. 98. 2. 369). Cf. Dupuich, *Traité prat. de l'assur. sur la vie*, p. 473.

(1) Huc, *Comment. théor. et prat. du Code Civil*, t. IX, núm. 7; Lefort, *Traité théor. et prat. du contr. d'assur. sur la vie*, t. II, p. 356.

es sin que haya que preocuparse de saber cuál es la voluntad de la mujer.

Aun cuando este crédito tiene un carácter alimenticio (1) (lo que importa para la mujer, desde el punto de vista que nos ocupa, la situación más favorable), entra, á nuestro juicio, en la comunidad. Poco importa que la mujer tenga la voluntad de excluirlo. La exclusión exige el consentimiento del marido. Ahora bien ¿puede suponerse que el marido haya aceptado que el capital del seguro sea un valor propio? El hombre que se casa bajo el régimen de la comunidad legal, no tiene generalmente otro recurso que su trabajo, cuyos productos entran en la comunidad; comunes serán también las economías realizadas sobre los productos del trabajo; ¿puede suponerse que el marido, que compartirá con la mujer estas economías, haya consentido en dejar á su mujer el provecho exclusivo del capital de seguro? Este capital, tiene, en hipótesis, un carácter alimenticio; ¿pero no lo tienen también las economías realizadas sobre los productos del trabajo? ¿No cuenta el marido con ellas para subsistir, cuando la edad ó las enfermedades lo hayan reducido á la inacción?

Por otra parte, el crédito contra la compañía de seguros es plenamente cesible. No vemos, pues, ninguna razón para declarar que es bien propio de la mujer (2).

14. Hemos rechazado la opinión según la cual, para impedir que el capital de un seguro suscrito por el marido á favor de su mujer éntre en la comunidad, basta invocar la voluntad de la mujer para excluirlo. ¿Qué pensar de un argumento que también se ha hecho valer y que consiste en decir que el capital no entra en la comunidnd porque la mujer no lo adquiere sino á la muerte del marido, es decir en un momento en que está disuelta la comunidad? (1).

Rechazamos el socorro de este argumento. El capital sólo es exigible después de la muerte del marido, pero el derecho al capital existe desde el día del contrato de seguro. No averiguaremos si el crédito contra la compañía de seguros es condicional ó á término. Con ó sin retroactividad, de todas maneras la mujer debe considerarse como acreedora ántes de la muerte del suscritor de la póliza (2).

15. B.—*Comunidad legal: seguro contratado por la mujer á favor del marido.* —Después de haber examinado la suerte del capital de un seguro sobre la vida estipulado por el marido á favor de su mujer, coloquémonos en la hipótesis de un seguro suscrito por la mujer á favor de su marido; ¿el capital que debe pagar al marido la compañía de seguros á la muerte de la mujer, es en el régimen de la comunidad un bien propio ó un bien común?

El no entra en la comunidad, lo mismo que el capital estipulado por el marido á favor de su mujer, y por las mismas ra-

(1) No siempre tiene este carácter; lo tendrá á menudo; pero el seguro contratado puede tener por fin procurar á la hija más que alimentos; puede tener por objeto permitirle vivir con la misma comodidad, en las mismas condiciones de confort que antes de la muerte de su padre.

(2) Lo que decimos del capital del seguro suscrito por un padre en favor de su hija que se casa más tarde bajo el régimen de la comunidad legal, lo decimos también por los mismos motivos, del capital del seguro suscrito por un padre á favor de su hija que está ya casada bajo este régimen.

(1) Caen, 14 marzo 1876 (S. 77. 2. 332, D. 77. 2. 131); Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Du contrat de mariage*; t. 1, núm. 283.

(2) Planiol, nota en D. 93. 1. 401: Dupuich, nota antes citada, D. 98. 2. 369.

zones: voluntad del cónyuge contratante, sustitución del crédito contra la compañía de seguros á las primas de que es donatario el cónyuge beneficiario del seguro, y que por efecto de la donación pasan á ser un bien propio (1).

Lo mismo que en la hipótesis de un seguro suscrito á favor de la mujer, no nos apoyamos en la voluntad del cónyuge beneficiario del seguro de no dejar que el capital éntre en la comunidad. Ya lo hemos dicho, un cónyuge no puede, si no en virtud de una disposición expresa, excluir, por su sola voluntad, de la masa común un mueble, cualquiera que sea, para colocarlo en el número de sus bienes propios: v. *supra*, núm. 13.

Esta proposición carece por lo demás de interés en caso de seguro suscrito por la mujer á favor del marido, como en caso de seguro suscrito por el marido á favor de la mujer; pues la voluntad del cónyuge beneficiario de hacer del capital un bien propio, no choca con la voluntad contraria del otro cónyuge. Pero es bueno constatar la imposibilidad para el marido de hacer un bien propio por su sola voluntad del capital de un seguro que se ha contratado en su favor, porque hay casos en que no se encuentra el acuerdo de las voluntades de los cónyuges. Es lo que ocurre cuando otra persona diversa de la mujer contrata un seguro á favor del marido. Así se contrata un seguro en caso de muerte por un padre en favor de su hijo que se casa en seguida, ó que está ya casado, bajo el régimen de la comunidad legal, el crédito contra la compañía de seguros será común. Es poco probable, en efecto, que la mujer, aún cuando el seguro contratado por su suegro á favor de su marido tenga un carácter alimenticio, haya consentido en ver en este capital un valor propio de este último. La mujer que se casa bajo el régimen de la comunidad legal, no poseerá á menudo, después de la muerte de su marido, más que un haber compuesto únicamente de su parte en un activo común muy módico; es poco probable que haya admitido que de este activo se excluyera un crédito cuya mitad constituiría un precioso aumento de su pequeño presupuesto. El consentimiento de la mujer es poco verosímil aún cuando no aporte nada ó casi nada á la comunidad; lo es todavía menos cuando ejerce una profesión; porque los productos de su trabajo vienen entonces á alimentar, en una medida menos importante, es cierto, que los del trabajo del marido, pero en una medida sin embargo apreciable, esta comunidad, que, por otra parte, restringiría en perjuicio suyo la exclusión del capital del seguro.

16. *Comunidad legal: seguro contratado por los dos cónyuges á favor del sobreviviente.*—Hemos averiguado sucesivamente la suerte del capital de un seguro sobre la vida estipulado por el marido á favor de su mujer y la suerte del capital de un seguro sobre la vida estipulado por la mujer á favor de su marido; supongamos, en tercer lugar, que se estipule el capital conjuntamente por ambos cónyuges á favor del que sobreviva de entre ellos.

La operación se descompone, á nues-

(1) Se ha negado á la mujer la facultad de donar entre vivos bienes comunes. Pero ¿porqué la mujer, que es copropietaria de bienes comunes, no tendría el derecho de donarlos con autorización del marido que es el jefe de la comunidad? Y ella puede donarlos al marido como á cualquiera otra persona.—V. Lefort, *op. cit.*, t. II, p. 369, nota 4; Planiol, *Traité élém. de dr. civ.* 3.ª edic., t. II, núm. 2.202.

tro juicio, en dos liberalidades condicionales: V. Cas., 28 marzo 1877, S. 77, 1.393 (y la nota de M. Labbé), D. 77, 1.241. En conformidad á la tesis consagrada por la jurisprudencia actual de la Corte de Casación (v. *supra*, núm. 2), estas dos liberalidades versan sobre las primas. Cada uno de los cónyuges dona las primas (ó más exactamente la mitad de las primas) al otro cónyuge á condición de que le sobreviva; y por las razones que hemos indicado en las dos hipótesis precedentes (v. *supra*, núms. 11, 12 y 15) el capital que la compañía debe pagar á la muerte del que primero fallezca, no entra en la comunidad legal existente entre los dos cónyuges contratantes. No entra en ella porque tal es la voluntad del que muere primero. No entra en ella, porque el crédito contra la compañía de seguros se sustituye á las primas de que es definitivamente donatario el sobreviviente.

M. Planiol hace entrar primero el capital en la comunidad, después lo hace salir de él por una donación del que muere primero á favor del sobreviviente. Es el capital (ó más exactamente la mitad del capital) lo que, á sus ojos, es objeto de la donación, y no las primas: *Traité elem. de dr. civ.*, 3.ª edic., t. II, núm. 2202. Pero nosotros hemos establecido que en caso de estipulación aislada de un cónyuge á favor del otro el capital entra en el patrimonio del beneficiario del seguro, sin atravesar el patrimonio común: no vemos ningún motivo para dar una solución diferente en caso de estipulación recíproca. El capital, dice M. Planiol, se adquiere á título oneroso durante el matrimonio: y los bienes adquiridos á título oneroso durante el matrimonio son comunes. A nuestro juicio, no hay para que hacer intervenir aquí este principio. M. Planiol ve en nuestra hipótesis dos adquisiciones sucesivas del derecho al capital, una á favor de los cónyuges conjuntamente, la segunda á favor del sobreviviente; y en razón de la primera el derecho entra en la comunidad, porque los cónyuges lo adquieren á título oneroso con dineros comunes. Pero, á nuestro juicio, el crédito es objeto de una sola adquisición. La suerte del capital se regla como si hubiera simplemente un seguro suscrito por el cónyuge que muere primero á favor del que sobrevive. El crédito entra directamente en el patrimonio del sobreviviente; y éste lo adquiere á título gratuito, porque lo obtiene sin desembolsos por voluntad de su cónyuge que le ha donado al mismo tiempo las primas. En un sentido, es cierto, la adquisición es á título oneroso, porque el capital ocupa el lugar de las primas donadas por el que muere primero al sobreviviente (v. *supra*, núm. 12); pero es una adquisición á título oneroso de la que resulta un bien propio, y no un bien común, porque el capital del seguro es un mueble que se sustituye á un bien propio.

17. D.—*Comunidad reducida á las ganancias: seguro contratado por uno de los cónyuges á favor del otro, ó por los dos cónyuges á favor del sobreviviente.*— En vez de un seguro concerniente á personas casadas bajo el régimen de la comunidad legal, consideremos un seguro concerniente á personas casadas bajo el régimen de la comunidad reducida á las ganancias.

Hemos visto que, bajo el régimen de la comunidad legal, el capital de un seguro en caso de muerte estipulado por

el marido á favor de la mujer, ó por la mujer á favor del marido, ó por los dos cónyuges conjuntamente á favor del sobreviviente, no entra en la comunidad. Evidentemente no entra tampoco en ella bajo el régimen de la comunidad reducida á las ganancias.

Como en materia de comunidad legal, podemos invocar en apoyo de esta solución la voluntad del cónyuge del beneficiario del seguro, y la sustitución del capital á las primas donadas al beneficiario.

Podemos, además, invocar un argumento especial á la comunidad reducida á las ganancias. Los muebles adquiridos á título gratuito durante el matrimonio, no entran en esta comunidad (C. Civ. art. 1498); ahora bien, el crédito que, en virtud de la estipulación hecha por el marido ó la mujer, ó por ámbos, nace en la cabeza del cónyuge beneficiario del seguro es adquirido por éste á título gratuito; aunque no fuera más que por este motivo, no entra en la comunidad reducida á las ganancias. Es cierto que en un sentido se adquiere á título oneroso (v. *supra*, núm. 12); pero los muebles adquiridos á título oneroso no entran en la comunidad de ganancias, como tampoco en la comunidad legal, cuando se sustituyen á bienes propios (1).

Y se observará que hay que excluir también de la comunidad de ganancias el capital del seguro suscrito durante el curso de la comunidad por un tercero á favor de uno de los cónyuges. El cónyuge que por esta estipulación llega á ser acreedor de la compañía de seguros adquiere el crédito á título gratuito; y acabamos de observar que los muebles adquiridos á título gratuito durante el matrimonio no entran en la comunidad reducida á las ganancias. Puede decirse sin duda que el beneficiario del seguro, como en el caso en que es el cónyuge del asegurado, es, desde un cierto punto de vista, un adquirente á título oneroso (v. *supra*, núm. 12): porque el capital del seguro ocupa el lugar de las primas que se le han donado por el tercero. Pero las primas no entran en la comunidad, porque los muebles donados á uno de los cónyuges durante el matrimonio se encuentran en el número de sus bienes propios (C. Civ., art. 1498); el capital que se sustituye á las primas tampoco debe entrar.

Hay que excluir todavía (es un punto que no podría dar lugar á dudas) de la comunidad de ganancias el capital del seguro suscrito por un tercero á favor de una persona que se casa en seguida bajo este régimen; en efecto, los muebles que poseen los cónyuges el día de la celebración del matrimonio no entran en la comunidad reducida á las ganancias (C. Civ., art. 1498).

18. E.—*Comunidad legal: seguro contratado por un tercero á favor de uno de los cónyuges á condición de que el capital sea propio.*—Cuando un seguro en caso de muerte se suscribe por un tercero á favor de una persona casada bajo el régimen de la comunidad legal, ó que se casa después bajo este régimen, el capital del seguro es un valor común: (v. *supra*, núms. 13 y 15) (1).

(1) M. Planiol, en caso de estipulación recíproca hace entrar el crédito un instante de razón en la comunidad de ganancias, como en la comunidad legal, apoyándose en la regla según la cual los bienes adquiridos á título oneroso durante el matrimonio son comunes *(op. et loc. cit.)* Pero hemos demostrado que esta regla no tiene aquí aplicación, y que M. Planiol la hace intervenir erradamente (v. *supra*, núm. 16).

(1) Para la comunidad reducida á las ganancias, (v. *supra*, núm. 17).

Pero el tercero tiene el derecho de subordinar la adquisición del capital á la condición de que no éntre en la comunidad, actual ó futura, del beneficiario del seguro. Esta condicion será válida (1); porque, si la donación hecha al beneficiario del seguro no versa sobre el capital, si versa sobre las primas, el capital se adquiere sin embargo por voluntad del tercero; y su voluntad debe tener, relativamente á este bien, que él procura al cónyuge ó al futuro cónyuge sin recibir nada en cambio, el mismo poder que si se tratara de un bien donado (2): (v. *supra*, núm. 11).

La condición de que acabamos de hablar no necesita enunciarse expresamente; podría ser tácita y resultar de las circunstancias (3). El donante de un mueble puede excluir tácitamente este mueble de la comunidad legal (4); sólo por una interpretación demasiado estrecha del artículo 1401 del Código Civil muchos autores (5) han sostenido lo contrario. Lo que admitimos para el donante de un mueble debe admitirse también para el tercero que estipula á favor de un cónyuge el capital de un seguro en caso de muerte.

Pero no podría llegarse hasta decir que el sólo hecho de que se trate de este seguro revele la intención del tercero de imprimir al capital el carácter de un bien propio. Sería una presunción que sería más de una vez contraria á la realidad. La estipulación á favor del beneficiario no tiene siempre por único objeto procurarle alimentos; y aún cuando hubiera sido hecha únicamente con este fin, á menudo el tercero no habrá querido por esto modificar las convenciones matrimoniales del beneficiario del seguro, y despojar al cónyuge actual ó futuro de éste de la porción del crédito que le corresponde según el régimen adoptado ó que se adoptará.

19. F.—*Comunidad legal: seguro contratado por un esposo á favor de la futura esposa.*—Sucede á veces qué un esposo contrata un seguro en caso de muerte á favor de su futura: si los esposos se casan después bajo el régimen de la comunidad legal, ¿entrará el capital del seguro en la comunidad?

Hay en esto una interpretación de la voluntad del contratante (1).

Nosotros propondríamos la distinción siguiente:

Si en el momento en que se suscribió el seguro, los esposos tenían la intención de adoptar la comunidad legal, el capital estipulado no entrará en la comunidad legal, lo mismo que el que estipula el marido, durante el curso del matrimonio, á favor de la mujer (v. *supra*, núms. 5 y s). El esposo, como el marido, quiere evidentemente hacer adquirir á la benefi-

(1) Dupuich, *Traité pratique de l'assurance sur la vie*, núms. 240 y 241; Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence.* Le Code Civil, Livre du centenaire. t. I, p 565.

(2) Por lo demás el tercero puede donar las primas á condición de que sean propias del donatario (C. Civ, art. 1401); y el capital se sustituye á las primas, y permanece como ellas, fuera de la comunidad.

(3) Dupuich, *op. et loc. cit.*; Balleydier et Capitant, *op et loc. cit.*

(4) Cas. 10 nov. 1879 (S. 80. 1. 237, D. 80. 1. 175); Guillouard, *op. cit.* t I, núm. 401; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, t. I, núm. 466.

(5) Marcadé, *Elem. du dr. civ. fr.*, en el artículo 1408, núm. 8 bis. Laurent, *Princ. du dr. civ.*, t XXI, núm. 276; Lablé, nota en S. en. Cas., 10 nov. 1879, ántes citada.

(1) V. Cas., 10 nov. 1879, antes citada; Dupuich, *Traité prat. de l'assur. sur la vie* núm. 241.

ciaria del seguro la totalidad, y no sólo la mitad del capital. Si hubiera querido que el crédito contra la compañía de seguros entrara en la comunidad, le bastaba con estipular para sí mismo ó para sus herederos; la estipulación á favor de su futura era perfectamente superflua.

Si los esposos no sabían, en el momento de suscribirse el seguro, qué régimen iban á adoptar, ó tenían el propósito de adoptar un régimen distinto del de la comunidad legal, el tribunal verá, según las circunstancias, si el capital debe entrar en la comunidad ó ser un bien propio de la mujer; en la duda, aplicará la regla que hace entrar los muebles en la comunidad legal (1).

20. *Revocación de la donación: caducidad.*—Se pregunta si el capital de un seguro en caso de muerte cae bajo el artículo 1096 del Código Civil y si está sometido á la caducidad contenida en el artículo 299.

Una persona ha suscrito durante su matrimonio un seguro á favor de su cónyuge, que ha aceptado la estipulación; ¿puede, después de esta aceptación, revocar la atribución del capital, fundándose en el artículo 1096?

La jurisprudencia se lo permite (2).

Pensamos, por el contrario, que no puede revocarse la atribución del capital (3). El artículo 1096 autoriza á cada cónyuge para revocar á su voluntad las donaciones que ha hecho al otro cónyuge durante el matrimonio: admitimos que el texto comprende todas estas donaciones, pero la ley no declara revocables más que las *donaciones*. Ahora bien, la donación comprendida en el seguro no versa sobre el capital, sino sobre las primas. La revocación no puede, pues, versar sino sobre las primas (1). El cónyuge beneficiario del seguro conservará el derecho al capital. Sólo que, no siendo ya donatario de las primas, deberá reembolsarlas al patrimonio del cónyuge que ha suscrito la póliza, ó si hay comunidad de bienes, á la masa común (2).

Mientras que la revocación autorizada por el artículo 1096 versa sobre las primas, es sobre el capital mismo, sobre lo que versa la caducidad de que trata el artículo 299, es decir la que sufre el cónyuge contra quien se pronuncia un divor-

(1) Cf. Lefort, *op. cit*, t. II, p. 353 y s.

(2) Amiens, 4 agosto 1898 (S. 1901. 2. 11, D., 1902. 2. 24); Rennes, 5 dic. 1899 (S. 1902. 1. 165, D. 1903. 2. 377).—V. también Cas., 22 feb. 1893 (S. 94. 1. 65, D. 93. 1. 401);—París, 10 marzo 1896 (D. 96. 2. 465); Baudry-Lacantinerie et Barde, *Des oblig*, t. I, n. 209, Dupuich, *Traité prat. de l'assur-sur la vie*, núm. 46, y nota en Tribunal Toulouse, 21 feb. 1902 (D. 1902. 2. 329).

(3) Balleydier et Capitant, *L'assurance sur la vie au profit d'un tiers et la jurisprudence*, Le Code Civil, Livre du Centenaire, T. I, p. 547.

(1) La misma solución cuando habiendo aceptado un cónyuge la estipulación del capital de un seguro contratado á su favor por el otro cónyuge, haya revocación por causa de ingratitud.— *Contra* Dupuich, *Traité prat. de l'assur. sur la vie*, núm. 46.

También versará sobre las primas, en la estipulación hecha por una persona diversa del cónyuge del beneficiario del seguro, la revocación por causa de nacimiento de un hijo.—Balleydier et Capitant, *op. et loc. cit.*—V. también Tribunal Toulouse, 21 feb. 1902 (D. 1902. 2. 329).—*Contra* Dupuich, *op. et loc. cit.*

(2) Hay que observar que, á consecuencia de la revocación de la donación de las primas y del reembolso que se impone al beneficiario del seguro, este no adquiere ya el capital á título gratuito; como en definitiva, el capital adquirido por él no representa ya primas provenientes del asegurado, sólo es un adquirente á título oneroso. La desaparicion del caracter á título gratuito de la operación no tiene, por lo demás, por resultado hacer del capital, bajo el régimen de la comunidad, un bien común; pues las primas se encuentran finalmente pagadas con dinero salido del patrimonio personal del beneficiario del seguro Pero esta desaparición tiene interés desde el punto de vista fiscal: v. *infra*, núm 24.

cio ó una separación de cuerpos. El legislador no priva al cónyuge culpable únicamente del beneficio de las *donaciones* que le ha hecho el otro cónyuge; la expresión *ventajas* del artículo 299 tiene un sentido muy amplio, pues comprende aún como lo demuestra el artículo 1518 del Código Civil, el provecho de ciertos actos á título oneroso; y nos parece que puede hacerse entrar en esa expresión el capital de un seguro sobre la vida á que tiene derecho el cónyuge culpable, á título gratuito, por la voluntad del otro cónyuge (1).

LEGISLACIÓN FISCAL

21 *H.—Legítimas y parte disponible.* —La ley de 21 de junio de 1875 decide que las sumas debidas por un asegurador al tercero beneficiario á título gratuito de un seguro en caso de muerte, se consideran, para la percepción del derecho de mutación, como que forman parte de la sucesión del asegurado, y están sujetas á este título, al abrirse esta sucesión, al derecho de mutación por muerte (art. 6). Colocando así el capital en la sucesión del asegurado, el legislador, como lo indica la disposición, sólo ha considerado el punto de vista fiscal de la materia; no ha entendido de ningún modo pronunciarse sobre la condición jurídica del capital desde el punto de vista civil. ¿Ha querido aún determinar ampliamente esta condición desde el punto de vista fiscal? Las reglas del derecho de mutación á que está sujeto el capital del seguro ¿son enteramente independientes de la doctrina adoptada en derecho civil? La administración no lo cree así, y tampoco lo creemos nosotros (v. *infra*. número 30).

22. Sentado esto, he aquí una consecuencia que ha deducido la administración de esta idea. La jurisprudencia civil, como se sabe, ve en el capital del seguro en caso de muerte á favor de un tercero determinado un valor que no ha figurado nunca en el patrimonio del asegurado, que no es el objeto de su liberalidad, y sobre el cual sus herederos, aún legitimarios, no tienen ningún derecho. La administración, combinando la disposición de la ley de 1875 con esta jurisprudencia, determina el monto del derecho de mutación por muerte, sobre la totalidad del capital, preocupándose sólo de la persona del tercero beneficiario del seguro, y no tomando en cuenta la existencia de herederos legitimarios del asegurado.

Así, en un caso en que el tercero beneficiario del seguro era la mujer del asegurado, la administración, por una solución de 11 de octubre de 1900 (S. 1901. 2. 288), exigió por la totalidad del capital el pago del derecho de mutación de 3%, aunque la viuda en una doble declaración de sucesión operada en su nombre personal y como tutora, hubiera hecho abandono de una porción de este capital á sus hijos en virtud de su derecho de reserva. Los hijos, ha dicho la administración, no podían obtener ninguna porción del capital del seguro á título de herederos legitimarios de su padre, puesto que, según la jurisprudencia civil, el capital se halla en absoluto fuera de la sucesión de éste. Era la viuda y no sus hijos, quien debía el derecho de mutación por muerte por la porción abandonada por ella como por el resto del capital; sólo había que preocuparse de la persona de

(1) Cf. sobre estas diversos puntos, Lefort, *op. cit.*, t. II, p. 379 y s.

la viuda para determinar el monto del derecho de mutación.

23. Convenimos en que, dada la manera como se presentaba la cuestión del derecho de mutación en el caso reglado por la solución de 11 de octubre de 1900, la administración debía hacer abstracción de los herederos legitimarios. Pero, á nuestro juicio, la solución debiera ser diversa, si en vez de tratarse de legítimas que deducir del capital, se hubiera tratado de legítimas que deducir de las primas. El tercero beneficiario del seguro es donatario de las primas; los herederos legitimarios del asegurado pueden, en nuestro concepto, pedir la reducción de esta donación (1); sobre la suma obtenida por la reducción, tienen que pagar, naturalmente, el derecho de mutación por muerte según la tasa fijada para los herederos en línea directa; y si el tercero beneficiario del seguro, en el momento en que sufre la reducción, no ha hecho todavía la declaración de sucesión relativa al capital, creemos que no deberá el derecho de mutación sobre la totalidad de este capital. A consecuencia de la reducción que se opera, se convierte, en cuanto á una fracción del capital, en un simple beneficiario á título oneroso. El capital del seguro es la contraparte de primas de las cuales una porción ha sido pagada por él á consecuencia de la reducción. Deja, pues, de ser un beneficiario á título gratuito en cuanto á una cuota del capital proporcional á la cuota de las primas que está obligado á restituir á los herederos legitimarios. Si, por ejemplo, les restituye una suma que es la sexta parte de las primas, deja de ser un beneficiario á título gratuito en cuanto á la sexta parte del capital. En consecuencia, esta cuota del capital está exenta del derecho de mutación por muerte (1).

Se objetará que el tercero, en el momento en que el crédito contra la compañía entra en su patrimonio, era un beneficiario á título gratuito en cuanto á la totalidad del capital, y que, siendo plenamente válida la liberalidad que recibe, no hay que tomar en cuenta circunstancias accidentales que han modificado ulteriormente el carácter de la operación. Es fácil responder que la reducción produce una resolución parcial de la donación de las primas, y que, hasta concurrencia de la suma restituída, esta donación desaparece retroactivamente.

24. *Revocación de la donación.*— Acabamos de ver que la reducción transforma, por lo menos respecto á una cierta

(1) V. en el artículo antes citado de M. Wahl las diversas opiniones emitidas sobre este punto: *Rev. trimestrielle* 1902, p. 56 y s.

(1) Si las primas pagadas exceden el capital del seguro, y si se acepta la opinión según la cual hay en este caso donacion á favor del tercero beneficiario, no de la totalidad de las primas, sino solo hasta concurrencia del monto del capital (v. *supra* núm. 3), no se tomará en cuenta el exceso de las primas. El crédito contra la compañía de seguros no será considerado como la contraparte de las primas sino hasta el monto de las primas donadas, es decir hasta la suma exacta del capital prometido. Por otra parte, la reducción por afectar á las legítimas versará sólo sobre el monto de las primas donadas, y no sobre la totalidad de las primas. Por consiguiente, la porción del capital respecto á la que el tercero dejará de ser un beneficiario á título gratuito será una suma de dinero exactamente igual á la suma en que resulte disminuída la donación de las primas por efecto de la reduccion. Si la donación de las primas se disminuye, por ejemplo, en dos mil francos, el tercero será beneficiario á título oneroso de la suma de dos mil francos que quedará exenta del derecho de mutación por muerte.

porción del capital, al tercero beneficiario á título gratuito de un seguro en un simple beneficiario á título oneroso. Una transformación análoga resulta de la revocación de la donación de las primas por causa de nacimiento de un hijo ó por causa de ingratitud, y de la revocación fundada en el artículo 1096 del Código Civil. El tercero, obligado á restituir las primas pagadas por el asegurado hasta la revocación, y manteniendo despues el seguro con su propio dinero, no es ya un beneficiario á título gratuito, y por ninguna porción. No debe, pues, el derecho de mutación por muerte sobre ninguna fracción del capital.

25. *F.—Comunidad.* - La ley de 1875 ha previsto el caso en que el asegurado y el tercero beneficiario del seguro sean dos cónyuges comunes de bienes, y no impone el derecho de mutación por muerte sobre el capital sino "bajo la reserva de los derechos de la comunidad" (art. 6º). ¿Qué significan exactamente estas palabras?

26. Se sostiene, según una opinión, que el legislador, al establecer la reserva relativa al régimen de la comunidad, no se ha preocupado de la suerte del capital del seguro bajo este régimen según el derecho civil. La reserva del artículo 6 significa que desde el punto de vista fiscal el capital del seguro sobre la vida suscrito por un cónyuge á favor del otro cónyuge se acumula ficticiamente al activo de la comunidad que hay que partir á la muerte del asegurado. En virtud de una primera ficción, la ley fiscal ha sometido, á la muerte del asegurado, el capital del seguro sobre la vida al derecho de mutuación por muerte, aun cuando, según los principios del derecho civil, debiera quedar exento; una segunda ficción que viene á temperar el efecto de la primera, ha hecho de este capital, cualquiera que sea su suerte según el derecho civil un bien de comunidad, un bien que, á la disolución de la comunidad, se encuentra comprendido en la masa partible, y ha obligado á la administración á calcular el derecho de mutación por muerte como si el cónyuge beneficiario del seguro tuviera realmente la copropiedad. El beneficiario no deberá el derecho de mutuación sobre la porción del capital que en la comunidad disuelta se repute recibir á título de común de bienes.

Por lo demás, para determinar el monto del capital sobre que se percibirá el derecho de mutación, habrá que tener en cuenta el retiro de los bienes propios de los cónyuges si el activo común, no comprendido el capital asegurado, no basta para el pago de las recompensas que se le deben por la comunidad, el excedente se imputará ficticiamente al capital del seguro. La imputación será á veces perjudicial al cónyuge beneficiario del seguro, á veces le será ventajosa. Le será perjudicial si no son sus bienes os que no han alcanzado á pagarse; porque tendrá por efecto disminuir la porción del capital que se repute tomar á título de común de bienes en la comunidad disuelta; tendrá, pues, por resultado disminuir la porción del capital sustraída al derecho de mutación por muerte. La imputación será por el contrario ventajosa para el cónyuge beneficiario del seguro si son sus bienes propios los que no alcanza á pagar la comunidad; porque el capital del seguro quedará exento del derecho de mutación

por muerte en la parte que se repute tomar como común de bienes y en el excedente de sus bienes propios.

Esta interpretación del artículo 6 de la ley de 1875 es la adoptada por la administración (1).

27. Ella nos parece contradicha por los trabajos preparatorios. El informante de la ley de 1875, M. Bertauld, dijo en la sesión de 21 de junio de 1875 que la reserva relativa á la comunidad se había insertado en el artículo 6 á pedido de un miembro de la asamblea, pero que, á su juicio, la adición era superflua. ¿Se habría expresado de la misma manera si con esta reserva se hubiera creado una ficción? ¿Podría haberse establecido la ficción sin una manifestación de la voluntad del legislador? Si M. Bertauld juzgaba inútil la adición, es porque en vez de contener una ficción, constituía una simple referencia á los principios del derecho civil.

Los derechos de la comunidad que reserva el artículo 6 son, pues, derechos verdaderos y nó derechos ficticios (2).

Ahora bien, según el derecho civil, el capital del seguro sobre la vida estipulado por un cónyuge á favor del otro cónyuge, está fuera del activo de la comunidad que hay que dividir á la muerte del que lo estipuló. O se estima que no ha entrado en la comunidad, ó, si se admite que ha entrado, se agrega que, á consecuencia de la donación hecha al cónyuge, no ha permanecido en ella; de todas maneras no figura en la masa común que hay que partir después de la muerte del asegurado. El artículo 6, cuando habla de los derechos de la comunidad sobre el capital, considera, pues, no derechos existentes actualmente, existentes en el momento de la partición de los bienes comunes, sino derechos anteriores á la muerte del asegurado. La reserva de este artículo significa que, si, según la teoría del seguro que dominara desde el punto de vista civil, el capital, antes de entrar en el patrimonio personal del cónyuge beneficiario del seguro, pasara por la comunidad, esta copropiedad, aunque cese antes de la muerte del asegurado, obligaría á la administración á deducir, para el cálculo del derecho de mutación por muerte, la porción del capital adquirida por el cónyuge del asegurado, en virtud del paso del crédito contra la compañía á través de la masa común, y no en virtud de una liberalidad.

Y precisamente en la época en que se promulgó la ley de 1875, la teoría del seguro admitida en derecho civil por la Corte de Casación, admitía el paso del crédito contra la compañía á través de la comunidad. En efecto, en esa época, la Corte de Casación decidía que el capital del seguro era cedido por el asegurado al tercero determinado que era el beneficiario (v. *supra*, núm. 2). Entraba, pues, en la comunidad existente entre el asegurado y el cónyuge beneficiario del seguro, y después salía de ella por efecto de una cesión. Por consiguiente, había una parte del capital que el beneficiario había adquirido en su calidad de cónyuge común de bienes; y en virtud de la reserva del artículo 6, que hallaba aquí su aplicación, esta porción no estaba some-

(1) Instruc. de la adm. de 27 de junio 1875 (S. *Lois annotées*, 1875, p.713, D. P. 75. 4· 112); Soluc. ad., 4 abril 1878 (*Rec. period. de l'enreg.* 5,018); Soluc. ad. 5 junio 1897 (*Journal de l'enrer.*, 25. 265). V. también Trib. Nancy, 20 mayo 1891 (*Journ. de l'enreg.* 23661); Garnier, *Rép. de l'enreg*, v.° *Succession*, núms. 723 y 730; Lefort, *op. cit.* t. III p. 264, nota 3; p. 270, nota 1; p. 274 y 275.

(2) Wahl, *Traité de droit fiscal*, t. II, núm. 82.

tida al derecho de mutación por muerte.

Más tarde (y es la teoría que prevalece todavía hoy) la jurisprudencia de la Corte de Casación ha hecho entrar directamente el capital en el patrimonio del tercero determinado (v. *supra*, nº 2). Por lo tanto no ha atravesado la comunidad existente entre él y el asegurado. Y entonces, con la interpretación del artículo 6º que hemos adoptado, el cónyuge beneficiario del seguro no tiene para qué invocar la reserva de este artículo.

¿Quiere decir esto que el régimen de comunidad no influye en el derecho de mutación por muerte que le impone la ley de 1875? Tal es nuestro pensamiento. El cónyuge no puede prevalerse de la reserva del artículo 6º, pero la existencia del régimen de comunidad le permite pretender que, respecto á una porción del capital del seguro, no es un beneficiario á título gratuito. Este capital es la contraparte de primas que han salido de la comunidad, y de las cuales, por consiguiente, era copropietario el cónyuge beneficiario del seguro. Hay, pues, derecho para decir que, en cuanto á una cuota del capital igual á la cuota de las primas correspondientes al cónyuge en su calidad de común de bienes, este es un simple beneficiario á título oneroso. Y así sucede, sea que la donación que le hace el asegurado tenga por objeto al capital, sea que tenga por objeto las primas, por medio de las cuales se obtiene el capital. (1)

En definitiva, el sistema que sostenemos llegará á menudo al mismo resultado que el de la administración. Como ella, llegamos á la conclusión de que, cuando los cónyuges están casados bajo el régimen de la comunidad, el derecho de mutación por muerte no se cobrará sobre la totalidad del capital del seguro. Pero la administración, comprendiendo ficticiamente el capital en la liquidación que sigue á la disolución de la comunidad, imputa sobre él el excedente de los bienes que retiran los cónyuges; en el sistema que sostenemos, no debe operarse esta imputación. Se considerará simplemente en qué medida el cónyuge beneficiario del seguro es propietario de los bienes comunes; así, en el régimen de la comunidad legal, es propietario por mitad; correspondiéndole la mitad de las primas en virtud de su calidad de cónyuge común de bienes, deberá el derecho de mutación por muerte sobre la mitad del capital. No habrá que preocuparse del punto de saber si la comunidad, según su estado en el momento en que se disuelve, puede ó no devolver á los cónyuges sus bienes. El excedente de los del asegurado no aumentará la porción del capital sometida al derecho de mutación por muerte. El excedente de los del cónyuge beneficiario del seguro no la disminuirá. En derecho civil, el capital del se-

(1) Si se adopta una opinión de que hablábamos más arriba, la que obliga al cónyuge beneficiario de un seguro á reembolsar las primas á la comunidad existente entre él y el asegurado (v. *supra*, n.º 8, nota) el cónyuge no es un beneficiario á título gratuito, no sólo respecto á una cuota del capital, sino respecto á la totalidad; pues la totalidad de las primas ha sido finalmente pagada con su dinero personal. Cf. Wahl, *Traité de dr. fiscal*, t. II, n º 82.

¿Puede decirse, como lo hace la Corte de Nancy (16 marzo 1901, S. 1902, 2, 7), que ha recibido una liberalidad con carga, con la carga de restituir las primas? No lo creemos. No podría considerarse como que ha recibido una liberalidad cuando está obligado á reembolsar á la comunidad precisamente la suma que había tenido que pagar á la Compañía si hubiera contratado el mismo seguro sobre la cabeza de su cónyuge.

guro no se acumula á la comunidad para su liquidación; la misma regla debe observarse en derecho fiscal.

28. K.—*Usufructo del cónyuge sobreviviente.*—Según el sistema que hemos adoptado, hay que referirse, como se vé, al derecho civil para determinar el efecto que el régimen de comunidad produce en la liquidación del derecho de mutación por muerte que afecta al capital del seguro en virtud de la ley de 1875. ¿Es también el derecho civil el que rige la situación fiscal del beneficiario de un seguro, cuando es el cónyuge del asegurado, en lo que concierne al usufructo que se desprende para él de la ley de 9 de marzo de 1891? El nuevo artículo 767 del Código Civil ordena imputar sobre el usufructo del cónyuge sobreviviente todas las liberalidades que ha recibido del difunto; se presenta entonces la cuestión de saber si desde el punto de vista fiscal, debe imputarse sobre este usufructo el capital del seguro de que es beneficiario el cónyuge del asegurado (bien entendido, el beneficiario á título gratuito) ¿Depende la solución de esta cuestión de las teorías civiles que se sostienen en materia de seguro? ¿O bien el derecho fiscal es, en este punto, independiente de esas teorías?

29. Podría concebirse una opinión análoga á la que se sigue por la Administración para la comunidad, es decir una opinión que rechace aquí también la aplicación del derecho civil. Se razonaría de la manera siguiente. La ley de 1875 considera, para la percepción del derecho de mutación por muerte, que el capital del seguro suscrito á favor de un tercero determina lo forma parte de la sucesión del asegurado. Por consiguiente, desde el punto de vista fiscal, el capital estipulado por un asegurado á favor de su cónyuge es una fracción del patrimonio del asegurado. Es un bien desprendido de este patrimonio, y que se considera como objeto de una liberalidad subordinada, según la fórmula de la ley de 22 frim. año VII (art. 68, § 3, núm. 5º), al acontecimiento de la muerte. El valor de este bien disminuye, puede aún reducir á cero el usufructo del cónyuge sobreviviente, y por consiguiente, el monto del derecho de mutación por muerte en razón de este usufructo.

30. Este razonamiento tendría el defecto de exagerar el alcance del artículo 6º de la ley de 1875. El artículo ha hecho simplemente abstracción del derecho civil para decidir que el tercero beneficiario de un seguro sobre la vida debe, á la muerte del asegurado, el derecho de mutación sobre el capital del seguro. Fuera de este punto, el derecho civil, cuyos principios, á falta de decisión particular del legislador, sirven de base al derecho fiscal, recobra su imperio. Por ejemplo, según el derecho civil debe resolverse la cuestión de saber si para el derecho de mutación por muerte hay que tomar en cuenta la existencia de herederos legitimarios (v. *supra*, núms. 21 y s). Según él también debe resolverse la cuestión de saber si hay que imputar el capital del seguro al usufructo del cónyuge sobreviviente. Para el régimen fiscal del seguro sobre la vida en caso de comunidad, se encuentra una disposición especial sobre cuyo sentido puede discutirse; pero sobre su régimen en lo que se refiere al usufructo del cónyuge sobreviviente, las leyes fiscales posteriores á la ley de 1891 que ha establecido este usufructo guardan silencio. Se queda, pues, en presencia del derecho común, es decir, del derecho civil.

31. Y en derecho civil, según la jurisprudencia actual de la Corte de Casación sobre el objeto de la liberalidad hecha al tercero determinado que es beneficiario de un seguro en caso de muerte (v. *supra*, núm. 2), el capital del seguro suscrito por un cónyuge á favor del otro, no debe, en nuestro concepto, imputarse al usufructo que la ley de 1891 acuerda al cónyuge sobreviviente. Lo que hay que imputar son las primas, porque son ellas lo que se ha donado.

32. Una solución de la administración de 5 de junio de 1897 (*Journal de l'enr*, 25265) establece que hay que imputar el capital (1). Esta solución no nos parece en armonía con la jurisprudencia nueva de la Corte Suprema. El artículo 767 del Código Civil sólo obliga á imputar las *liberalidades*; y el capital del seguro no es objeto de una liberalidad ni directa ni indirecta. Es preciso, pues, para el cálculo del derecho de mutación por muerte debido en razón del usufructo del cónyuge sobreviviente, deducir de este usufructo, no el capital del seguro, sino las primas.

P. LACOSTE.

(1) V. también Baudry-Lacantinerie et Wahl *Des successions*, 2.ª edic., t. I, núm. 580.

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. Civ.—Santiago, 5 de julio de 1906

Alvarez Hermanos con Coo Tagle

Prenda; determinación de la cosa; entrega.—Ley infringida; citación determinada de ella.—Causales no invocadas al formalizar el recurso.

DOCTRINA:—*No cumple con la exigencia de la ley la cita general de un título del Código Civil; debe citarse determinadamente el artículo ó ley infrigida.*

No puede invocarse al fundar el recurso vicios que no se indicaron al formalizarlo.

Para que el contrato de prenda sea válido es necesario que se designe determinadamente la cosa específica dada en garantía.

El contrato de prenda no se perfecciona sino por la entrega de la cosa al acreedor; y no puede estimarse como entrega ficticia ó simbólica aquella en que se deja en poder del deudor la cosa ó cosas que éste da en prenda, cuando ellas no pueden determinarse.

Por escritura pública de cancelación y mutuo, celebrada en enero de 1904 entre Alvarez Hermanos y Cª por una parte y don Alberto Coo por la otra, don David Alvarez en representación de la Compañía mencionada, dió por cancelado un crédito hipotecario que Coo había contraído y reconocía en favor de aquélla y que en cambio el mismo Coo se constituyó á su vez en deudor de la citada Compañía por la suma de $ 3.140,61 que confesaba haber recibido á su entera satisfacción en calidad de préstamo, el cual se comprometió á pagar, con los intereses del 1% estipulados, el 31 de marzo de 1904.

En la misma escritura se registra la siguiente estipulación: "En garantía de esta deuda, el señor Coo constituye prenda en cuarenta y cinco animales vacunos de su propiedad, con un peso de 400 quintales españoles como mínimun, los cuales serán vendidos al precio corriente de plaza por el señor Alvarez, si no se cancelara la deuda á su vencimiento. Los animales quedarán en poder del señor Coo; pero afectos al pago, y sin que el señor Coo pueda enajenarlos ó gravarlos en modo alguno."

No habiendo el deudor verificado el pago en la época convenida, la Sociedad acreedora inició ante el juzgado de Vallenar una gestión en la cual solicitó que, en cumplimiento de lo pactado, se notificara á Coo para que dentro de veinticuatro horas le hiciera entrega de los cuarenta y cinco animales vacunos, con peso mínimo de 400 quintales españoles, para venderlos y con su valor cancelar la obligación pendiente.

En subsidio, solicitó que, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 2397 del Código Civil, se sacaran á remate los animales dados en prenda, fijándose día para la subasta y ordenándose en todo caso la entrega de la prenda, sin perjuicio de los demás derechos que le otorga la ley.

El Juzgado falló:

Vallenar, agosto 16 de 1904.—En lo principal, como se pide en lo que respecta á la subasta, con citación de don Alberto Coo; y se designa para que tenga lugar el 31 del presente, á las 3 P. M. Al otrosí nómbrase al Secretario Judicial.—*Filidor Rodríguez B.*

La Corte de Apelaciones:

Tacna, 28 de octubre de 1904.—Vistos: Se confirma el auto apelado de 16 de agosto último y se declara que, en vista de la resolución anterior, es inoficioso pronunciarse sobre el auto de 18 del mismo mes.

El señor Ministro Avalos estuvo por la suspensión de efectos del auto, debiendo tramitarse en forma la solicitud.—*Eduardo Gomez Herreros.—Max. Avalos.—Felipe Herrera.—Daniel Cadiz.*

Contra este último fallo dedujo la parte de don Alberto Coo el recurso de casación en el fondo, y formalizándolo dice:

Que la sentencia recurrida ponía término al juicio y hacía imposible su continuación; por lo que debió dictarse en forma de sentencia definitiva, con todos los requisitos y trámites de tal, y no como se ha hecho por los jueces del fondo en la resolución de que se reclama; de donde se sigue que procedería también en su contra el recurso de casación en la forma, que no interpone, sin embargo, por no haber reclamado en tiempo de los vicios ó defectos en que habría podido fundarlo.

En cuanto al recurso de casación en el fondo, manifestó el recurente que la sentencia de la Corte de La Serena adolecía de las siguientes infracciones de la ley, que habían influido sustancialmente en su parte dispositiva:

1º La del artículo 10, número 5º de la Constitución Política, privando á don Alberto Coo de los animales de su dominio, sin que así lo ordenara una sentencia judicial dictada con las formalidades exigidas por derecho:

2º La de los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, al conceder valor legal de contrato de prenda á la estipulación tercera de la escritura, á pesar de faltarle los requisitos que la ley prescribe para el valor de dicho contrato en consideración á su naturaleza;

3º La de los artículos 2384, 2386 y 2397 del mismo Código, al reconocer como prenda una cosa indeterminada, ó una cantidad determinada de un género, que no ha sido entregada al acreedor, atribuyendo de ese modo á éste el carácter de acreedor prendario, sin ser tenedor de prenda alguna.

Las disposiciones legales citadas también se han infringido al reputar perfecto un contrato de prenda en que no ha habido entrega de la cosa empeñada; y al conceder á Alvarez Hermanos y Cª los derechos que la ley otorga exclusivamente al acreedor prendario;

4º La del inciso 2º del artículo 2397 del Código Civil, en relación con el artículo 10, considerando con valor legal la cláusula 3ª de la escritura, en que se estipula lo que prohibe aquel inciso;

5º Finalmente la del artículo 3º del Código de Procedimiento Civil, al resolver sumariamente y sin forma de juicio el caso en cues-

tión, que debió ventilarse en juicio de lato conocimiento.

En el escrito de fundación del recurso se insistió en que el contrato no importaba un verdadero contrato de prenda, por cuanto le faltaba el requisito esencial de la entrega de la cosa, y como la ley había establecido ese requisito en consideración á la naturaleza real de ese contrato, éste no producía efecto alguno y el Tribunal debía declararlo así de oficio, por aparecer de manifiesto su ineficacia y nulidad. Por lo que, al darle la Corte sentenciadora el carácter de un contrato de prenda, había infringido la ley en los artículos 1443, 1444, 1682, 1683 y los correspondientes del título XXXVII del libro IV del Código Civil.

La Corte:

Considerando:

1º Que la infracción de los artículos 1443 y 1444 del Código Civil ha sido invocada por la parte de Coo sólo en el escrito en que fundó el recurso, ó sea después de su interposición legal, circunstancia esta última que basta para desestimarla, en obedecimiento á lo que sobre el particular prescribe el artículo 948 del Código de Procedimiento Civil; como debe ser también desestimada la que se funda en la infracción de los artículos correspondientes del título 37 libro 4º del Código Civil, tanto por la razón ya dicha, como por que, dada la jeneralidad de sus términos, no satisface la obligación que el recurrente tiene de hacer mención expresa y determinada del vicio ó defecto en que se funda el recurso y de la ley ó leyes infringidas;

2º Que la infracción del artículo 3º del Código de Procedimiento Civil, invocada en el capítulo final del escrito, se refiere únicamente á la forma del procedimiento y no al fondo de la cuestión debatida; por lo que, en el supuesto de existir, ella podría sólo dar base para un recurso también de forma, distinto del que ahora se trata;

3º Que, según la definición del artículo 2384 del Código Civil, el contrato de prenda consiste en la entrega de una cosa mueble determinada á un acreedor para la seguridad de su crédito, definición que no se aviene con los términos de la garantía estipulada por don Alberto Coo en favor de Alvarez, Hermanos y Cª en el contrato; por cuanto lo que se constituye allí en prenda consiste en cuarenta y cinco animales vacunos con un peso total, como mínimum, de 400 quintales españoles, datos que por sí solos no bastan para determinar y singularizar la cosa ó cuerpo cierto dado en prenda, ya que por convenir ellos á cualesquiera animales vacunos de propiedad del deudor que alcanzaran á dar el peso total estipulado, no podría señalarlos individualmente el acreedor para hacer efectivo en ellos el pago de su crédito;

4º Que á más de esta falta de determinación de la cosa mueble empeñada, de la misma cláusula 3ª del contrato aparece también que los animales no se entregaron al acreedor; y por el contrario se convino expresamente entre los contratantes que quedaran ellos en poder del deudor, faltando así un requisito esencial, exigido por la ley para el perfeccionamiento y validez del contrato de prenda;

5º Que si bien el consentimiento de las partes acerca de la permanencia de la cosa empeñada en poder del deudor, puede importar en algunos casos, distintos del actual, el cumplimiento del requisito de la entrega, en la presente litis no sucede así; porque la misma indeterminación de la cosa empeñada excluye toda idea de entrega, ya sea esta real, ya sólo ficticia ó simbólica;

6º Que de consiguiente, el pacto ó garantía adicional de la escritura, tanto por la indeterminación de la cosa empeñada, como por no haberse entregado ésta al acreedor, es nulo y carece de mérito legal como contrato de prenda; y los jueces del fondo han infringido los artículos 2384, 2386 y 2397 del Código Civil, al hacer extensivos sus preceptos á una situación jurídica distinta de la contemplada por aquellos;

7º Que las infracciones apuntadas han influido sustancialmente en la parte resolutiva del fallo recurrido; porque si bien es verdad que, por regla general todo acreedor puede ejercitar sus derechos de tal sobre todos los bienes así presentes como futuros del deudor, con excepción únicamente de los no embarga-

bles, sin que para ello necesite ser acreedor privilegiado, si terceras personas no deducen preferencia de derechos, también lo es que en el presente caso la sociedad Alvarez, Hermanos y Cª no ha ejercido acción alguna de embargo sobre determinados bienes de don Alberto Coo, sino que se ha limitado en la petición subsidiaria de la gestión, á invocar su derecho de acreedor prendario para los efectos de que el deudor presente la prenda que se dice empeñada, á fin de proceder á su enajenación en la forma particular establecida por el artículo 2397 del Código más arriba citado; y

8º Que lo dicho basta para hacer lugar al recurso interpuesto, sin que sea necesario pronunciarse sobre las otras infracciones también invocadas, que aun cuando sean efectivas sólo son la consecuencia de la aplicación incorrecta de los preceptos legales mencionados en el capítulo 3º de dicho recurso.

Por estos fundamentos y juzgando con arreglo á lo prevenido en los artículos 939, 940 y 945 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de casación en el fondo á que estos autos se refieren.

Se invalida, en consecuencia, la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de La Serena el 28 de octubre de 1904.

Devuélvase á la parte recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren.—*Leopoldo Urrutia.—Leoncio Rodríguez.—V. Aguirre V.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.—J. Alejo Fernández.*

Y fallando la causa:

Santiago, 5 de julio de 1906.—Vistos: Pronunciando la sentencia que á este Tribunal corresponde expedir en la presente causa, á virtud de lo prescrito en el artículo 958 del Código de Procedimiento Civil; reproduciendo la relación de antecedentes que se contiene en el fallo de casación; y considerando que el contrato ó garantía adicional á que se refiere la cláusula 3ª de la escritura, no reune los requisitos necesarios para que pueda estimársele como contrato de prenda. Visto lo dispuesto en los artículos 2684 y 2386 del Código de Procedimiento Civil, se revoca en la parte apelada la resolución de 16 de agosto de 1904, y se declara que no ha lugar tampoco á la petición subsidiaria de la gestión, sin perjuicio de otros derechos que en tiempo y forma pueda hacer valer el interesado.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren.—*Leopoldo Urrutia.—Leoncio Rodríguez.—V. Aguirre V.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.—J. Alejo Fernández.*

Cas. civ.—Santiago 13 de octubre de 1906.

Silva Rengifo con García de la Huerta

Juicio ejecutivo.—Obligación de hacer.—Promesa de contrato.—Perjuicios; indeterminación.

DOCTRINA:—*La promesa de ex-vincular y vender en seguida una propiedad raiz por un precio y dentro de un plazo que se fija en el contrato otorgado por escritura pública, reune todos los requisitos legales para su validez.*

El cumplimiento de ambas obligaciones puede exigirse ejecutivamente.

No procede, sin embargo, el cobro ejecutivo de los perjuicios que pueda ocasionar la falta de cumplimiento de esta obligación si no están determinados esos perjuicios por sentencia ejecutoria.

Por escritura estendida el 26 de julio de 1904, don Domingo Silva Rengifo se comprometió á desvincular en el plazo de tres meses, y á vender, en el mismo plazo, y por el precio de $ 47.000, á don Pedro García de la Huer-

ta, una propiedad que posee el primero á título de mayorazgo, en la calle de la Dominica de esta ciudad.

Antes de vencerse el plazo, que fué prorrogado por veinte días, pidió judicialmente don Pedro García de la Huerta que se notificara á don Domingo Silva Rengifo, á fin de que se impusiera de que el recurrente estaba listo á cumplir el contrato de promesa de venta y de que desearía de que el señor Silva Rengifo procurara estarlo en el plazo estipulado, y vencido el término, el señor García de la Huerta ocurrió ante uno de los juzgados de Santiago solicitando textualmente, que "en conformidad á lo dispuesto en los artículos 556, 557 y 558 del Código de Procedimiento Civil, se sirva despachar mandamiento de ejecución contra don Domingo Silva Rengifo, requiriéndolo á fin de que en el plazo de diez días termine la jestión de ex-vinculación y me venda la propiedad referida bajo apercibimiento de hacerlo V. S. en subsidio y á su nombre, como lo dispone el citado artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, y condenándolo, además, á la indemnización de los perjuicios que me ha irrogado y al pago de las costas."

Requerido Silva Rengifo, opuso excepciones, que falló el Juzgado en la forma siguiente:

Vistos: en el presente juicio ejecutivo que don Pedro García de la Huerta, abogado, domiciliado en esta ciudad, calle de Catedral 1125, sigue con don Domingo Silva Rengifo, abogado, domiciliado en calle de Bandera 287, por obligación de hacer, el ejecutado se ha opuesto á la ejecución, haciendo valer las siguientes excepciones:

1ª El título no tiene fuerza ejecutiva á virtud de lo prescrito por el Código de Procedimiento Civil, artículo 485 número 7 y 558.

En efecto, por las escrituras públicas acompañadas á la demanda, se ve que el exponente no ha contraído la obligación de suscribir escritura alguna determinada.

La declaración de que alguien está obligado á cumplir una promesa de compra venta, es objeto de un juicio ordinario.

En el presente caso no se trata de la constitución de un contrato unilateral, de ahí que no sea aplicable el artículo 558, que se invoca por el ejecutante.

2ª La obligación contraída es nula é ineficaz, porque no reune las condiciones exigidas por el artículo 1,554 del Código Civil.

En primer término, la promesa de venta se refiere á un fundo que se halla fuera del comercio humano por hallarse actualmente vinculado á un mayorazgo.

En segundo término, no se han precisado los deslindes del fundo, de tal modo que hubiera quedado identificado mediante las indicaciones del contrato.

Por último, el contrato no se ha especificado de modo que sólo falten para que sea perfecto, la tradición con las solemnidades especiales de dicho contrato. No se fijó, en efecto, el día en que debía suscribirse la escritura, ni se determinó el notario ante quien debería ser otorgada.

Evacuando el traslado de las excepciones, el procurador del ejecutante pide que se las deseche, fundándose en que la obligación de hacer que se demanda es determinada y exigible y, al hacerla valer, se invoca la primera copia de una escritura pública.

Es efectivo que antes de ahora se discutía en juicios ordinarios el cumplimiento de los contratos de promesa; y no podía ser de otro modo, pues el procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer es una creación del nuevo Código.

La segunda excepción no es menos destituída de base legal.

Olvida el ejecutado que según el contrato, éste se obligó á ex-vincular la propiedad y, al mismo tiempo, á venderla al ejecutante. Es el cumplimiento de ambas obligaciones sucesivas el que se exige en este juicio.

El contrato de promesa no importa una enajenación del fundo y la ex-vinculación era una condición previa al otorgamiento de la escritura de venta.

Por otra parte, la ley exige para la validez del contrato de promesa, que se especifique el contrato prometido, y éste en el caso actual se halla perfectamente especificado: se trata de la compra-venta de un cuerpo cierto.

Considerando que no aparece que el título en que se funda la ejecución carezca de alguno de los requisitos ó condiciones establecidas por las leyes para que tenga fuerza ejecu-

tiva, ni tampoco que sea nula la obligación por que se ejecuta con arreglo á lo dispuesto por el Código de Procedimiento Civil, artículos 487 y 492, se desechan las excepciones alegadas y, en consecuencia, sígase la ejecución adelante hasta hacer prestación al ejecutante de la obligación que se demanda, con indemnización de perjuicios y pago de costas. —*Moisés Lazo de la Vega.*

La Corte de Apelaciones:

Santiago, 20 de diciembre de 1905.— Vistos: Teniendo además presente:

1º Que la promesa de celebrar un contrato produce obligación siempre que conste por escrito, que no sea de los que las leyes declaran ineficaces, con tal que contenga un plazo ó condición que fije la época de la celebración del contrato y que en la promesa se especifique de tal manera lo prometido que sólo falten para la perfección del contrato la tradición de la cosa ó las solemnidades que las leyes prescriban;

2º Que concurriendo las circunstancias que se dejan enunciadas, se establece una obligación de hacer, por lo cual, constituido el deudor en mora, puede ser apremiado para la ejecución de lo convenido ó que se autorice al acreedor para hacerlo ejecutar por un tercero á expensas del deudor y que éste le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato;

3º Que el Código de Procedimiento Civil en el título respectivo ha fijado los diversos procedimientos que deben seguirse para obtener el cumplimiento de las obligaciones de hacer según sean éstas, dictando reglas para cada uno de los casos propuestos y tomando en cuenta en sus diversas disposiciones el carácter peculiar de la obligación de que se trata;

4º Que las promesas contenidas en la escritura contienen todos los requisitos exigidos por el artículo 1554 del Código Civil para constituir una obligación de hacer, ya que en la referida escritura se ofrece ejecutar un acto que la ley no prohibe como es la ex-vinculación de un bien raiz y celebrar en seguida un contrato que, ejecutado el acto previamente prometido, no podrá ser declarado ineficaz por motivos legales, como la compra-venta del mismo bien;

5º Que aún cuando la promesa de ex-vincular un bien raiz no sea de aquellas que puedan ser ejecutadas por el juez de la causa, ya que no se trata de suscribir un instrumento público, sino de seguir gestión administrativa ó judicial; ni por un tercero por cuenta del acreedor, por no tratar de una obra material, sin embargo el referido Código de Procedimiento Civil en el artículo 569, en concordancia con lo dispuesto en el número 1º del artículo 1553 del Código Civil, ha establecido la forma y medios en que puede ser compelido el deudor para que cumpla la promesa de que se trata, que, como antes se ha dicho, constituye una obligación de hacer;

6º Que la obligación de hacer que importa la promesa de celebrar un contrato de compra-venta á que se refiere la escritura, estando llana, como lo está la persona en cuyo favor se hizo la promesa á llevarla á efecto, se encuentra entre los hechos comprendidos en el artículo 558 del citado Código de Procedimiento.

Se confirma con costas del recurso la resolución apelada de 8 de julio último.

Redacción del señor Ministro de la Cruz.

Acordada contra el voto del señor Ministro don Felipe Herrera quien estuvo por revocar la resolución de primera instancia y no dar lugar á la ejecución, por estimar que la vía ejecutiva, que es un procedimiento excepcional ó de privilegio, establecido para hacer ejecutivas las obligaciones de hacer sencillamente, no puede extenderse por esa razón y además por los términos del artículo 556 del Código de Procedimiento Civil y demás disposiciones legales citadas por la mayoría del Tribunal, á una mera promesa de celebrar un contrato, que es de lo que en estos autos se trata.—*Felipe Herrera. — Elías de la Cruz.—Horacio Pinto Agüero.*

Contra esta sentencia interpuso Silva Renjifo el recurso de casación en el fondo y formalizándolo dice textualmente que "al rechazar la sentencia definitiva de 20 del corriente las dos excepciones puestas por mí, ha infringido tanto los artículos 556 y 558 del Código de

Procedimiento Civil, como el artículo 1554 del Código Civil y el 1464 de este último."

"Se ha declarado por esa sentencia que la vía ejecutiva se encuentra establecida por la ley para obligarme á ejecutar un acto, la ex-vinculación; se ha declarado como se acostumbra en juicio ordinario, que estoy obligado á ejecutar la ex-vinculación con indemnización de perjuicios; y por último, se ha declarado, como también se acostumbra en juicio ordinario, que el contrato de promesa de venta de bienes vinculados á que se refiere este juicio, es eficaz por ajustarse al artículo 1554 ya citado."

En el escrito de fundación de recurso se dan esplicaciones y alegaciones que se omitieron al formalizarlo.

Ahí se alega que los artículos 556 y 558 del Código de Procedimiento Civil han sido aplicados de un modo que repugna á su letra y á su espíritu; que los contratos que imponen, como el de promesa de compra—venta, obligaciones bilaterales, no pueden dar origen á la vía ejecutiva, sin que una de las partes haya cumplido oportunamente su obligación; que don Pedro García de la Huerta no cumplió por su parte, pues dejó transcurrir el plazo dentro del cual debió celebrarse el contrato prometido, sin suscribirlo.

Se agrega que la declaración de pagar perjuicios pugna también con los artículos 556 y 558, pues ello es materia de juicio ordinario, en el cual debe establecerse previamente la infracción del contrato y la clase y monto de los perjuicios.

Tampoco pudo obligarse al recurrente, sin contrariar esos artículos, á cumplir lo prometido y á indemnizar los perjuicios, sino á una ú otra de esas dos cosas. El artículo 558 solo ordena la medida de apremio para cumplir el hecho debido (art. 1553 núm. 1º del Código Civil); y de ningún modo el pago de los perjuicios resultantes de la infracción de la obligación de hacer (art. 1553 núm. 3º del mismo Código).

Por otra parte, el artículo 558 autoriza únicamente al juez para suscribir un documento determinado, conocido ya de las partes, y sobre el cual no hay controversia; y ese documento debió constar literalmente en el título ejecutivo para que de esa manera pudiera ser firmado, tanto por el deudor como por el juez.

La constitución de una obligación por parte del deudor se refiere á un acto, no á un contrato y por consiguiente sólo la obligación unilateral puede dar origen á la vía ejecutiva conforme al artículo 558, que por lo mismo habla de deudor, y no de contratante.

El considerando 5º de la sentencia invoca erróneamente el artículo 569, pues este artículo se aplica á casos ú obligaciones distintas de las que contempla el 558. Este último establece el procedimiento ejecutivo para que el juez cumpla la obligación de hacer que se niega á desempeñar el deudor; el artículo 569 se refiere á obligaciones que el juez no puede cumplir, porque han menester de las aptitudes especiales del ejecutado, como una operación quirúrjica, una obra de arte, etc.

No vale la promesa de vender un bien que no es comerciable, como lo es una propiedad raiz vinculada; y no puede decirse, que, á fin de hacer comerciable ese bien, se ha contraído la obligación de ex-vincularlo, porque eso sería obligarse á ejecutar un acto, y la ley sólo da valor á la promesa de celebrar un contrato. Resolviendo la sentencia lo contrario, ha infringido los artículos 1464 i 1554 del Código Civil.

La promesa de compra-venta no produce tampoco obligación alguna, porque por no haberse indicado los deslindes, no se han especificado ó individualizado ni la cosa que se vende ni la cosa que se hipoteca. La hipoteca es aquí una de las condiciones esenciales del contrato prometido.

Por último, el contrato debió celebrarse dentro de cierto plazo, pasado el cual ya no puede llevarse á efecto; sólo habría lugar á la indemnización de los perjuicios.

En su escrito de respuesta, la parte de don Pedro García de la Huerta solicita que se deseche el recurso, con costas.

El título que ha invocado, dice, es la primera copia de una escritura pública, en que se estipula una obligación de hacer determinada y exigible actualmente. Es por consiguiente un título ejecutivo, y la sentencia que así la declara ha hecho correcta aplicación del

artículo 556 del Código de Procedimiento Civil.

La sentencia no ha ordenado pagar los perjuicios resultantes de la infracción del contrato, como aparenta creerlo el recurrente, sino que se ha limitado á declarar que el ejecutado debe indemnizarlo, procediendo así de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1553 del Código Civil, que autoriza para pedir, junto con la indemnización de la mora, entre otras cosas, "que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido". Los perjuicios ordenados son los de la mora, y para cobrarlos se seguirá nuevo juicio en el cual se establecerá su monto.

El Código de Procedimiento, salvando un vacío de la antigua ley, estableció un procedimiento ejecutivo especial para las obligaciones de hacer y de no hacer, contemplando, de acuerdo con los principios sentados por el Código Civil, los casos diversos que podían producirse.

El artículo 558 previó el caso de que el hecho debido consistiera en la suscripción de un instrumento ó en la constitución de una obligación; el 559 indicó el modo de obtener la ejecución de una obra material; el 562 la manera de llevar á cabo el hecho debido por medio de un tercero á expensas del deudor; y, por fin, el 569 señaló las medidas de apremio de que puede hacer uso el acreedor (conforme al núm. 1º del artículo 1553 del Código Civil) para obtener el cumplimiento de la obligación de hacer cuando no es posible obtenerlo de otro modo ó prefiere el acreedor seguir este camino.

Si se trata de la ejecución de una obra material de que el acreedor no pudiese ó no quisiese encargarse, puede en conformidad al artículo 568 apremiar al deudor de la manera prevista en el artículo 569 para obtener su cumplimiento. Tiene derecho también para ejecutar ese apremio siempre que se trate de una obligación de hacer que, no pudiendo ser cumplida sino por el deudor, es resistida por éste. Por la escritura, el señor Silva Rengifo se impuso dos obligaciones de hacer, sucesivas, pero de diversa naturaleza, la de ex-vincular su propiedad i la de venderla.

La Corte de Apelaciones ha hecho una distinción perfecta de ambas obligaciones.

En el considerando 5º se ocupa de la obligación de ex-vincular, y establece que, no siendo esta obligación de aquellas que pueda ser ejecutada por el juez ó por un tercero por cuenta del acreedor, debe seguirse el procedimiento de apremio que dispone el artículo 569 del Código de Procedimiento Civil para compeler al deudor á su cumplimiento, de acuerdo con el derecho que reconoce al acreedor el número 1º del artículo 1553 del Código Civil.

El considerando 6º contempla la otra obligación, la de vender, ó sea la de otorgar el contrato de compra-venta y dice que esa obligación, estando llana la persona en cuyo favor se hizo la promesa á llevarla á efecto, entra en los hechos de que habla el artículo 558 del Código de Procedimiento Civil.

No se han violado los artículos 1554 y 1464 del Código Civil, como sostiene también el recurrente.

Ya se ha dicho que el señor Silva Rengifo contrajo dos obligaciones de hacer, la de ex-vincular y la de otorgar un contrato de venta de la propiedad ex-vinculada. Lo que se prometió vender fué una propiedad ex-vinculada.

El recurrente se obligó á ejecutar un acto, el de ex-vinculación, y este acto tiene por causa el deseo de vender el señor Silva su propiedad.

No es exacto, por lo demás, que una propiedad vinculada no sea un bien comerciable. El artículo 153 de la Constitución Política declara lo contrario.

De ahí es que las leyes especiales y el Código Civil ordenen que se proceda á la ex-vinculación de las propiedades vinculadas.

No hay objeto ilícito en lo que la ley espresamente autoriza y aún ordena.

En la hipótesis de que existiera la nulidad absoluta, por ser el bien incomerciable, no podía alegarla el señor Silva Rengifo, que celebró el contrato sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1603 del Código Civil).

El Tribunal de Alzada, apreciando los hechos, estimó que están suficientemente identificadas la cosa vendida y la cosa hipotecada

cuando dijo: "que las promesas contenidas en la escritura cuentan con todos los requisitos exigidos por el artículo 1554 del Código Civil para constituir una obligación de hacer". Esta apreciación es inamovible.

Prescindiendo de ello, la ley sólo exige que se especifique de tal manera el contrato prometido que no falte para que sea perfecto sino la tradición de la cosa, ó las solemnidades que las leyes prescriban.

El contrato ha sido perfectamente especificado y la propiedad perfectamente individualizada. Aún en la hipótesis inaceptable de que fuera necesario expresar deslindes, la propiedad del señor Silva Rengifo, materia de la promesa, estaría completamente deslindada, como puede verse en la escritura.

En cuanto á la falta de identificación y deslinde de la cosa hipotecada, la observación carece de valor:

1º Porque el contrato de promesa cuyo cumplimiento se exige es de venta y no de hipoteca;

2º Porque la hipoteca es una obligación accesoria al contrato prometido que no puede viciarlo;

3º Porque por lo demás, está individualizada la propiedad y perfectamente determinada: "Casas Viejas de Chena en San Bernardo";

4º Porque es ésta una apreciación de hecho que no puede ser materia del recurso de casación.

La alegación de que, transcurrido el plazo fijado en el contrato de promesa, ya no pudo celebrarse el pacto convenido, es contraria á lo que dispone el número 1º del artículo 1553 del Código Civil, que permite expresamente exigir del deudor moroso, por la vía de apremio, el cumplimiento de la obligación extipulada, cualquiera que ésta sea.

El recurrente no invoca tampoco ningún precepto legal para fundar su alegación.

La Corte:

Considerando:

1º Que el presente juicio tiene por objeto hacer cumplir ejecutivamente las dos obligaciones de hacer á que se refieren las escrituras públicas testimoniadas;

2º Que en órden á las obligaciones de esta clase, prescribe el artículo 556 del Código de Procedimiento Civil que tienen mérito ejecutivo cuando son determinadas y actualmente exigibles, y se hace valer para acreditarlas algún título que traiga aparejada ejecución;

3º Que la sentencia de que se reclama, confirmando la de primera instancia, manda seguir la ejecución, según sus términos literales, "hasta hacer prestación al ejecutante de la obligación de que se demanda, con *indemnización de perjuicios*, y pago de costas";

4º Que los perjuicios que se mandan indemnizar, aunque fueran, como se sostiene, de aquellos que van envueltos en la obligación de hacer del deudor constituido en mora, no se hallaban, sin embargo, determinados en su naturaleza y monto en el título que aparejа la ejecución, y ni siquiera se sabe si realmente los ha sufrido el ejecutante; por lo cual no ha podido proceder respecto de dicha indemnización, el juicio de que aquí se trata, conforme al recordado artículo 556 del Código de Procedimiento Civil;

5º Que de lo expuesto resulta que en la referida sentencia se ha infringido dicho artículo, que el reclamante cita entre otros, al formalizar el recurso de casación, para pedir que se invalide ese fallo; y

6º Que siendo por este motivo invalidada la mencionada sentencia, es inoficioso pronunciarse acerca de las otras causales en que también se apoya el recurso.

Vistos los artículos 940 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la sentencia recurrida que se cita al principio, por infracción del artículo 556 del indicado Código. Devuélvase al recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—A. Vergara Albano.—J. Alejo Fernández.—J. Bernales.*

Y fallando la causa:

Santiago, 13 de Octubre de 1906.—Vistos: Teniendo presente á más de lo expuesto en la sentencia apelada:

1º Que las escrituras públicas testimoniales que aparejan la ejecución, dan cuenta de dos obligaciones de hacer contraídas por el

ejecutado, á saber, la de ex-vincular una finca determinada en su ubicación y deslindes, y la promesa de venderla al ejecutante después de hecha comerciable en derecho;

2º Que ambas obligaciones son perfectamente lícitas antes las prescripciones legales, y, por consiguiente, han podido servir de materia válida de cualquier convención; pues una de ellas, ó sea la de ex-vincular un inmueble sujeto á mayorazgo ó vinculación, no sólo se halla autorizada sino impuesta en términos generales por el artículo 747 del Código Civil con arreglo á las leyes dictadas al efecto, y la otra, la de vender bienes después de incorporados en el comercio, también pudo ser objeto de contrato; puesto que precisamente para la movilización comercial de los inmuebles gravados es para lo que se prescribe su ex-vinculación;

3º Que además en ambas obligaciones tales como fueron contraídas, concurren todos los requisitos prescritos en la ley para su validez, especialmente los que señala el artículo 1554 del Código Civil; y en los contratos en referencia, aunque bilaterales, las obligaciones del ejecutado son determinadas y actualmente exigibles, y la del ejecutante de pagar el precio prometido, se ofrece cumplirla en la forma y tiempo debido;

4º Que por lo que respecta á la indemnización de perjuicios que manda pagar la sentencia apelada, aunque impuesta dicha indemnización por la ley al deudor moroso, no está ella de ningún modo determinada en su naturaleza y monto; por lo cual este punto del juicio no pudo ser materia de ejecución conforme al precepto del artículo 556 del Código de Procedimiento Civil.

Vistos también los artículos 1464, 1545 del Código Civil y 455 y 556 del de Procedimiento Civil que se cita, se confirma la indicada sentencia de 8 de julio de 1905, con declaración de que no ha lugar á la ejecución por los perjuicios á que se refiere su parte resolutiva, la cual sentencia queda por tanto revocada en este punto.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia. — Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—A. Vergara Albano.—J. Alejo Fernández.—J. Bernales.*

Cas Civ.—8 de noviembre de 1906

Morán con Morán

Testamento; reforma. — Prescripción. Legitimario

DOCTRINA:—*La prescripción de cuatro años que fija el artículo 1216 del Código Civil para pedir la reforma de un testamento, se refiere únicamente á "los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde", ó sea á aquellos á quienes el testador menciona como tales legitimarios y les asigna una porción de bienes inferior á la que debe tocarles.*

Esta prescripción no es aplicable al caso del legitimario que, por haber sido pasado en silencio en el testamento, se entiende instituido heredero en su legítima.

Ernesto Coke por su mujer doña Aurora Morán, Carolina Rivera v. de Morán i Amelia Morán v. de Preller, dicen: que se está procediendo por el compromisario señor Valencia á la partición de los bienes dejados á su muerte por doña Manuela Henríquez v. de Morán, á las que son accionistas la primera y última como nietas legítimas de esta señora y doña Carolina como cónyuge sobreviviente de don Daniel Morán; que en la partición expresada han figurado hasta ahora como accionistas las niñas María Jesús y Juana Evangelista, hijos naturales de don Domingo Morán, quien á su vez era hijo legítimo de la señora Henríquez y murió antes que ésta; que por una errada concepción ó apreciación de la ley se habrá permitido y aceptado que los niños en referencia tuvieran intervención en el juicio de compromiso que se ha indicado; pero que impuestos en la actualidad de que esa intervención es irregular, vienen en reclamar de ella y pedir:

1º Que debe de reformarse el testamento de don Domingo Morán por disponer de la totalidad de sus bienes en favor de sus hijos naturales María Jesús y Juana Evangelista, reconocidas por testamento de 20 de Mayo de 1886, teniendo madre legítima á quién le corresponde la mitad de sus bienes;

2º Que debe declararse que los hijos naturales de don Domingo Morán no son herederos de doña Manuela Henríquez; y

3º Que deben de pagar las costas de este juicio y las que se originen en el de la partición de la señora Henríquez.

Los demandados Manuela y Juana Evangelista Morán, contestando la demanda, exponen: que no debe darse lugar á lo que en ésta se pide, porque ellas han concurrido á la partición de los bienes de su abuela doña Manuela Henríquez, en virtud del derecho de representación que les otorga el artículo 984 del Código Civil, ya que ocupan el lugar y, por consiguiente, el grado de parentezco y los derechos hereditarios que tenía el padre de los ocurrentes en la sucesión de su madre legítima. Agregan que tienen personería legítima para esta representación, porque el reconocimiento de hijas naturales que les hizo su padre fué aceptado en la forma prescrita por nuestras leyes.

Replicando á nombre de los demandantes, dice don Matías Henríquez: que la calidad que dicen tener las demandadas y que derivan del artículo 984 no es tal, porque para que esto ocurra es necesario que no tenga descendientes legítimos, los que según el artículo 983 excluyen la representación de cualquier otro heredero.

En la dúplica se expresa que aquí no tiene lugar la exclusión á que hacen referencia los demandantes, por cuanto las demandadas, hijos naturales de don Domingo Morán, ocupan el grado i lugar de éste, que era descendiente legítimo de doña Manuela Henríquez v. de Morán, á quien sucede hoy en virtud del derecho de representación que les acuerda la ley. Se expresa, además, que los herederos legítimos no suceden por derecho de representación como lo cree la contraria, sino por derecho propio.

A petición de la parte demandante y en rebeldía de la demandada, no se recibió la causa á prueba y se citó para sentencia.

El juzgado de Talcahuano falló el 18 de mayo de 1904:

Con lo relacionado y teniendo presente:

Que, no habiéndose rendido prueba en estos autos, hay que tomar en consideración los hechos en los cuales estuvieren de acuerdo las partes, siendo estos:

1º Que las demandadas Manuela y Juana Evangelista son hijas naturales de don Domingo Morán;

2º Que éste fué hijo legítimo de doña Manuela Henríquez y falleció antes que ella;

Que en el presente caso se trata de excluir á las demandadas de la herencia de la señora Henríquez, así como de reformar el testamento de don Domingo Morán por haber este señor dispuesto de todos sus bienes á favor de sus hijas naturales dejando madre viva;

Que estando de acuerdo las partes en que éste murió antes que su madre legítima, no puede legalmente disponer de la totalidad de sus bienes, por tener herederos forzosos;

Que los hijos naturales no tienen el derecho de representación á que se refiere el artículo 983 en casos análogos con el actual, de manera que aunque ellos fueren hijos naturales de don Domingo Morán no pueden representar á éste en la partición de la señora Henríquez, ya que, habiendo muerto éste primero que su madre, sin dejar sucesión legítima, ninguna persona puede representar en la sucesión de la señora Henríquez los derechos que hubiera tenido al haber dejado esta clase de sucesión.

En vista de estas consideraciones y de lo dispuesto en los artículos 1167, 1181, 1182, 1183, 1184, 983, 988, 989, 1216, 1217 y 1218 del Código Civil, se declara:

1º Que ha lugar á la demanda en cuanto por ella se pide la reforma del testamento de don Domingo Morán;

2º Que doña Manuela Henríquez como heredera forzoza de su hijo legítimo don Domingo Morán, tiene en la sucesión de este por sí y por sus legítimos herederos, los derechos que por ley le corresponden;

3º Que ha lugar también á la solicitado

en el número 2º de la demanda ó sea que las hijas naturales de don Domingo Morán no son herederos de doña Manuela Henríquez.

Y no ha lugar á las demás peticiones de las partes.—*Francisco Bustos.*

Apelada dicha resolución en cuanto al segundo punto, el relativo á la distribución de la herencia de don Domingo Morán, los apelantes, en el escrito de expresión de agravios, alegaron la prescripción de cuatro años que establece el artículo 1216 del Código Civil, contra la acción deducida en la demanda, y la Corte de Apelaciones de Concepción falló el 27 de abril de 1905:

Aceptando la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo presente:

1º Que la demanda tiende, entre otras cosas, á obtener que se declare que debe reformarse el testamento de don Domingo Morán, por cuanto dispone de la totalidad de sus bienes en favor de sus hijos naturales, teniendo madre viva, ó sea legítima, á quien, según los artículos 1182, 983, 1184 y 1217 del Código Civil, le corresponde la mitad de la herencia;

2º Que habiendo sido pasada en silencio doña Manuela Henríquez en el testamento de su hijo don Domingo Morán, deberá entenderse que fué instituida heredera en la legítima que la ley le acuerda; y

3º Que dado lo expuesto en el anterior considerando, la prescripción de cuatro años alegada en segunda instancia por los demandados no es procedente.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prevenido en el artículo 1218 del Código Civil, se confirma en la parte apelada, con costas, la sentencia de 18 de marzo de 1894, en cuanto por ella se declara que doña Manuela Henríquez, como heredera forzosa de su hijo legítimo don Domingo Morán, tiene en la sucesión de éste, por sí y por sus legítimos herederos, los derechos que por la ley le corresponden.

No ha lugar á la prescripción alegada por los demandados.

Redactada por el señor Ministro Mackay. —*Juan N. Parga.—Exequiel Figueroa.—J. Guillermo Mackay.*

Contra este fallo se ha deducido recurso de casación en el fondo, en los términos que en seguida se copian del escrito en que se formalizó dicho recurso:

"Como se sabe, el presente juicio fué promovido por los demandantes don Ernesto Coke, en representación de su esposa doña Aurora Morán, doña Amelia Morán v. de Preller y doña Carolina Riveros v. de Morán, ejercitando la acción de reforma de que habla el párrafo 2º, título 6º del libro 3º del Código Civil á objeto de modificar la cláusula 5ª del testamento otorgado por nuestro padre natural don Domingo Morán, cláusula por la que se nos instituyó sus únicos y universales herederos,

"Pues bien, hemos sostenido en la defensa de nuestros derechos que siendo la acción ejercitada la de reforma del testamento, está ella prescrita en virtud de la disposición contenida en el inciso 1º del artículo 1216 del Código Civil, prescripción que hemos alegado en forma correcta en esta causa.

"Mas, el Iltmo. Tribunal, desestimando el precepto legal indicado y conceptuando que en este caso se trata de un legitimario—como es la madre legítima del testador, doña Manuela Henríquez—que ha sido pasada en silencio, debe por ese mismo hecho entenderse que ha sido instituida heredera en virtud de lo dispuesto en el artículo 1218 del Código nombrado, en su legítima, razón que ha servido á US. Iltma. como fundamento para confirmar con costas la sentencia apelada.

"Ahora bien: debe dejarse establecido que la declaración hecha por el señor juez de primera instancia y aceptada por el Iltmo. Tribunal en su sentencia confirmatoria, tendente á reconocer como heredera legítima de la sucesión de don Domingo Morán á su madre doña Manuela Henríquez v. de Morán, se ha perseguido ejercitando la acción de reforma del testamento del primero, acción que ha sido prescrita en virtud de la disposición terminante contenida en el inciso 1º del artículo 1216 del Código Civil ya citado, circunstancias que legitiman, en mi sentir, la revocatoria de la sentencia apelada en la parte que modifica la cláusula 5ª del testamento de nuestro padre.

"De aquí entonces la razón del recurso de casación en el fondo y que contempla el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil, que hemos anunciado, por cuanto al confirmarse por US. Iltma. la sentencia apelada, se ha ido contra una disposición expresa de nuestro Código Civil, que determina el plazo de cuatro años contados desde el día en que tuvieron conocimiento del testamento los legitimarios, para la extinción de la acción de reforma que se ha ejercitado en este juicio."

En el escrito de fundación del recurso, el procurador de los recurrentes se limita á pedir que se tengan por reproducidas las alegaciones hechas en el de formalización.

Respondiendo la parte recurrida, se remite á su vez al mérito de autos y en especial á lo expuesto por ella en su demanda.

La Corte:

Considerando:

1º Que los recurrentes, sin poner en duda el carácter de legitimaria de don Domingo Morán, que correspondía á su madre legítima, doña Manuela Henríquez, conforme al artículo 1182 del Código Civil, y por lo tanto, sin desconocer el derecho que esta señora, personalmente ó representada por su descendencia legítima, tenía á la asignación forzosa que le acuerda el artículo 989 del mismo Código, en concurrencia con los hijos naturales del testador, se han concretado á fundar el presente recurso en la circunstancia de no haberse declarado prescripta por el lapso de cuatro años la acción de los herederos de la señora Henríquez para reclamar dicha cuota;

2º Que el plazo de cuatro años que fija el artículo 1216 para pedir la reforma de un testamento se refiere únicamente "á los legitimarios, á quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde", esto es, á aquellos á quienes el testador menciona como tales legitimarios y les asigna sin embargo una porción de bienes inferior á la que debería tocarles por ley;

3º Que el fundamento de este precepto consiste en que el legitimario cuya asignación ha sido fijada por el testador, deriva su derecho directa é inmediatamente del testamento, y en tal caso el legislador supone que aquel se conforma con la cuota que se le ha asignado, si no reclama de la respectiva disposición testamentaria en el plazo que al efecto le concede;

4º Que esta suposición no puede hacerse extensiva al legitimario que ha sido silenciado, porque el derecho de éste no emana del testamento sino de ley, que en tal caso le otorga, *ipso jure*, la legítima, en los términos imperativos del artículo 1218 del Código citado, según el cual "el haber sido pasado en silencio un legitimario *deberá entenderse* como una institución de heredero en su legítima";

5º Que contra un derecho así reconocido por la ley no cabe la prescripción de corto tiempo que para un caso diverso establece el artículo 1216, y por lo tanto la sentencia recurrida ha interpretado correctamente este precepto, no aplicándolo á la demanda de los herederos de doña Manuela Henríquez para que se les entregara la legítima que por ley correspondía á su causante y que ninguna disposición testamentaria había pretendido menoscabar;

6º Que tampoco es atendible la observación que los recurrentes formulan contra la sentencia, diciendo que en ésta se ha desnaturalizado la acción deducida en la demanda, que es la de reforma, establecida en el artículo 1216 del Código Civil, y nó la que emana del artículo 1218 y que considera la sentencia; porque de los términos de la demanda y de la respuesta á la expresión de agravios, aparece que lo que sustancialmente han pedido los demandantes y lo que se ha ventilado en el juicio, es el derecho que por ley corresponde á doña Manuela Henríquez en la herencia de su hijo legítimo don Domingo Morán, de modo que aún cuando las partes hayan hablado de la acción de reforma, esta circunstancia no ha podido alterar el fondo ó materia de la litis, la cual ha debido resolverse, como lo ha hecho el tribunal de la causa, aplicando la segunda de las disposiciones citadas;

7º Que el vicio indicado, en el supuesto de haberse cometido, sólo habría podido autorizar, conforme al número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, un recurso

de casación en la forma, que en el presente caso no se ha deducido.

Visto además lo dispuesto en el artículo 134 del mismo Código de Procedimiento, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo deducido contra la sentencia de 27 de abril del año último, sin costas, por gozar los recurrentes del privilegio de pobreza.

Redactada por el Fiscal señor Valdés. —*Leoncio Rodríguez.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.—Cárlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—Miguel L. Valdés.*

Cas. civ.—30 de Octubre de 1906

Sáenz con Monasterio

Compra-venta; pago de precio; resolución.—Novación. Edificio en terreno ajeno.—Apreciación de los hechos.

DOCTRINA:—*Estableciéndose en un contrato de compra-venta que el precio se ha pagado parte en dinero y el resto sustituyéndose el comprador en una deuda del vendedor para con otra persona, esta sustitución importa una novación, y el precio debe considerarse totalmente pagado.*

Aunque el vendedor adquiera posteriormente el crédito que se obligó á solucionar el comprador, no puede pedir la resolución de la compra-venta fundado en el no pago del precio, ya que la cesión no altera la naturaleza del crédito ni convierte al cesionario en acreedor de parte del precio.

El dueño del terreno en que otra persona ha edificado á ciencia y paciencia de él, está obligado, para recobrarlo, á pagar el valor del edificio.

Es materia de hecho que corresponde apreciar al Tribunal sentenciador, establecer si se ha pagado en su totalidad el precio de la cosa vendida, cualesquiera que sean los antecedentes de que lo deduzca, siempre que no se altere la naturaleza jurídica del contrato.

En procesos acumulados se han deducido las acciones que se pasan á espresar con respecto al sitio número 4 de la manzana número 37 del plano de esta población y las construcciones que en él existen:

En su demanda de fs. 4 don Angel Sáenz por sí y como representante legal de su esposa doña Aurora Fernández, expone: que á virtud del contrato de compra-venta que acompaña, quedó por el término de cinco años como usufructuario del predio; que en él había al otorgarse el contrato unas medias aguas de madera de un valor inferior á $ 50; que con la autorización de su dueño don Francisco Monasterio y con dinero de su esposa, un año despues de celebrado el contrato edificó en el predio una buena casa de madera con cornizas, empapelados, pintados, cielos rasos y techo de zing y una bodega para mercaderías en $ 4.000, que terraplenó también el sitio que era una laguna con más de 3.000 carretadas de tierra á $ 0.20 cada una, demandándole un gasto de $ 600; que los edificios y trabajos se hicieron por que era necesario sacar las medias aguas que estaban en el otro predio y para gozar del usufructo, y que como el dueño del predio debe abonarle esas mejoras, pide se declare, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 797 i 798 del Código Civil, que don Francisco Monasterio está obligado á reembolsarle la cantidad de $ 4.600 ó subsidiariamente, que tiene derecho á retirar todos los materiales empleados en la obra, según lo dispuesto por el artículo 801 del Código citado, con costas.

Don Santiago Herrera por don Francisco Monasterio, contestando y reconviniendo, pi

de se deseche la demanda con costas y se dé lugar á la reconvención, en mérito de las siguientes consideraciones: que los demandantes vendieron á su representado el sitio con sus edificios en los términos y condiciones que expresa la escritura de compra-venta; que poco tiempo después los demandantes pidieron la nulidad de dicha escritura y su parte, reconviniendo, la del usufructo estipulado por una cláusula de la misma, desechándose la demanda y aceptándose la reconvención, según consta del espediente que se encuentra en secretaría; que esto basta para ver que no son usufructuarios; que las obras á que el demandante se refiere no se hicieron con el consentimiento de su representado y que si es verdad que ellas se han hecho, no valen la suma de $ 4.600 que se les asigna; que cualquiera que sea el valor de esas obras, su representado no puede estar obligado á pagarlas, 1º porque se cobran á título de usufructuario, derecho que expresamente niega el artículo 801 del Código Civil y 2º porque el demandante no se halla en posesión del derecho de usufructuario á cuyo título los cobra.

Funda la reconvención en que no teniendo los demandantes el usufructo de la propiedad y estando gozando de ella desde el 7 de junio de 1897, deben pagar $ 60 mensuales ó la suma que regule el Juzgado hasta el día que la desalojen.

En la réplica se agrega que para exigir el pago de las mejoras, se funda en el inciso 2º del artículo 669 del Código Civil, pues habiendo edificado á ciencia y paciencia del dueño será éste obligado para recobrar el predio á pagar el valor del edificio; y que aunque el usufructo no haya sido válido por no haberse inscrito la escritura, por ésta el demandado se compromete á no exigirle remuneración alguna por el goce del sitio y no debe darse lugar á la reconvención.

En la dúplica se refuerzan las alegaciones del escrito de contestación, se dice que el demandante en el escrito de demanda ha pretendido obrar como usufructuario y en la réplica cambia la acción y cobra como simple ocupante de la propiedad; que los edificios se hicieron sin consentimiento ni conocimiento de su mandante, quien, en último caso, tendría la obligación alternativa de pagar la obra ó que se retire sin detrimento de la propiedad.

En la demanda de fs. 16 el señor Sáenz dice que con su mujer vendieron el 7 de junio de 1897 al señor Monasterio un retazo de sitio de 14 metros 50 centímetros de frente por 50 metros de fondo del sitio número 4 de la manzaza número 37 del plano de esta ciudad, según los deslindes que expresa; que la venta se hizo por el precio de $ 2.500, de los que el comprador pagó al contado $ 750, comprometiéndose á pagar el resto de $ 1,750 á don Ciriaco Sáenz en el plazo de cinco años, vencido el 7 de julio del año último; que Ciriaco Sáenz cedió á su mujer el crédito con aceptación de Monasterio; que como éste no ha pagado y se encuentra en mora, según lo dispuesto en el número 1º del artículo 1551 del Código Civil, pues no ha necesitado ser reconvenido, viene haciendo uso del derecho que le conceden los artículos 1489 y 1873 del Código citado, á pedir se declare resuelto el contrato de venta con indemnización de perjuicios y las costas.

Don Santiago Herrera Ibieta, por el señor Monasterio, según el poder que corre en autos, contestando y reconviniendo expone: que el demandante carece de la acción ó derecho deducido por no haber hecho entrega de la posesión del bien vendido alegando tener sobre él el derecho de usufructo por cláusula intercalada en la respectiva escritura, la que se declaró nula por sentencia de término en juicio sobre nulidad de la misma, lo que él mismo reconoce en otra demanda pendiente sobre cobro de mejoras; porque se pagó el precio de la propiedad con $ 750 al contado y $ 1.750 que se obligó su mandante á pagar á un tercero que concurrió al acto, quedando el vendedor cubierto en su totalidad del precio de venta; y porque la deuda contraída por su mandante con el señor Sáenz es de mútuo ajeno al contrato de compra-venta, y la cesión que ha hecho á la señora Fernández no puede quitarle tal carácter y el crédito quedó sujeto á otros derechos y obligaciones entre acreedor y deudor y la cesionaria no ha podido adquirir más derechos que los que tenía el cedente.

Con respecto á la reconvención la funda en que habiendo permanecido el demandante en la habitación y goce de la propiedad desde el 7 de junio de 1897, debe ser condenado á restituírsela dentro de tercero día á su mandante con indemnización de perjuicios hasta su entrega, que los estima en $ 60 mensuales ó en la tasación que haga el Juzgado oyendo el informe de un perito.

En la réplica se refuerzan por el demandante las razones alegadas en la demanda y se dice que al demandado se hizo entrega de la propiedad, en la que vivió hasta terminar la sociedad de hecho en que giraban; que si el demandante permaneció en la propiedad fué á virtud de un arreglo por el cual se comprometía á pagar el 1% mensual sobre el dinero pagado á cuenta del sitio; que si no ha tenido valor como usufructo por no haberse inscrito, debe estimarse el contrato de comodato, pues, otro habría sido el precio de no seguir habitándolo y que no ha existido el contrato de mútuo porque no se ha hecho entrega de cosas fungibles como lo dispone el artículo 2196 del Código Civil.

En la dúplica se dice que no se ha convenido en mantener el goce del bien raíz ni pudo convenirse, porque habría sido ajeno al contrato; que el demandante ha confesado no haber hecho entrega de la cosa vendida; que no puede aceptarse aquello de que por el contrato se dejó al demandante continuara en posesión del bien vendido; que la deuda contraída á favor de don Ciriaco Sáenz debe regirse por el artículo 2196 del Código Civil.

Don Ramón Salazar se hace parte en el juicio como dueño del predio en litigio según la escritura pública acompañada.

Se rindió la prueba que corre en autos y se citó para sentencia.

El Juzgado de Temuco falló el 21 de abril de 1904:

Teniendo presente:

1º Que de las dos acciones ejercitadas por el demandante, se refiere la primera á la resolución del contrato de compra-venta por falta de pago del precio y la otra al abono del edificio y mejoras introducidas en el predio ó subsidiariamente al retiro de los materiales;

2º Que ambas acciones son incompatibles y, siendo más comprensible la primera, debe tomarse como principal y como subsidiaria la otra;

3º Que de la escritura pública consta que se hizo el pago total del precio del predio con $ 750 que recibió el vendedor al contado y con $ 1.750 en que sustituyó el comprador como deudor de don Ciriaco Sáenz, por igual cantidad que el vendedor adeudaba á éste, quedando, en consecuencia, libre de su anterior obligación;

4º Que sustituido el comprador al vendedor en la obligación de pagar la suma que éste adeudaba á don Ciriaco Sáenz, el contrato es de mútuo, naturaleza que no ha podido cambiar por la cesión que éste ha hecho á la señora Fernández de Sáenz, de su crédito;

5º Que de lo expuesto en los dos considerandos anteriores se ve que el demandante no es acreedor del demandado por una parte del precio y ha carecido de consiguiente de derecho para pedir la resolución del contrato fundado en esa circunstancia;

6º Que por el demandado se reconoce que el demandante edificó en el predio;

7º Que se encuentra plenamente establecido en autos que esos edificios fueron hechos á vista y paciencia del demandado;

8º Que por esto en su reconvención se solicita la entrega del predio, dentro de tercero día;

9º Que el dueño del terreno en que otra persona ha edificado á ciencia y paciencia de él, será obligado, para recobrarlo, ó pagar el valor del edificio;

10. Que, si bien por la escritura de compra-venta se otorgó un derecho de usufructo sobre el predio, no se inscribió el instrumento público que lo contiene como era necesario para que tuviera valor;

11. Que de lo expuesto en el anterior considerando se deduce que no son aplicables al demandante las disposiciones relativas al usufructo, desde que no se ha ejercido ese derecho sobre el predio;

12. Que dada la situación jurídica de las partes no es procedente el cobro de precios de arrendamientos que se hace por el demandado; y

13. Que no se ha establecido en autos el va-

lor actual de los edificios construidos en el predio, sino que la prueba ha versado sobre el gasto que demandaría su construcción.

Y visto lo dispuesto en el artículo 394 del Código de Procedimiento, en los artículos 1698, 1700, 1631, 2196, 669 y 767 del Código Civil, se declara que sólo ha lugar á lo pedido por las partes en cuanto el demandante debe hacer entrega del predio, prévio pago por el demandado del valor de los edificios que serán tasados por peritos nombrados en la forma ordinaria.

No ha lugar á las demás peticiones de las partes, y se reservan el demandante su derecho por lo que respecta al crédito de que es cesionario.

Apelada esta resolución,

Concepción, 6 de julio de 1905. — Se confirma la sentencia apelada de 21 de abril de 1904, entendiéndose que la estimación del valor de los edificios debe ser hecha por el juez prévio informes de peritos nombrados en la forma ordinaria.

Y con el mérito de lo resuelto accédese á la medida precautoria decretada pecuniariamente.—*Juan N. Parga.—Exequiel Figueroa.—J. Guillermo Mackay.*

Contra esta última sentencia se dedujo por don Anjel Sáenz, recurso de casación en el fondo, y al formalizarlo, dice: que el primero de los fundamentos de la sentencia de primera instancia que confirmó la recurrida, desnaturaliza por completo la esencia del contrato de compra-venta, supone una novación é infringe las disposiciones de los artículos 1793, 1808, 1809, 1439, 1489, 1871, 1873, 1628, 1631, 1632, 1634, 1608, 1610 inciso 5º, 1612, 2196, y 2197 del Código Civil.

Por el contrato, doña Aurora Fernández y su marido se obligaron á dar en venta á don Francisco Monasterio una propiedad raíz y este último á pagar su precio, parte al contado y el resto á un tercero designado en la convención, en el plazo de cinco años, sin interés. Este tercero, don Ciriaco Sáenz, era acreedor de la señora Fernández por una suma igual al precio insoluto que quedaba adeudando Monasterio.

Las estipulaciones entre doña Aurora Fernández y don Ciriaco Sáenz en nada podían cambiar la naturaleza del contrato, como no lo cambiaron en realidad y la manera como se le ha interpretado en el considerando primero de los trascritos en esta sentencia, infringe lo dispuesto en el artículo 1793 del Código Civil. La intención de los contratantes fué dejar establecido que el precio no quedaba totalmente pagado y que el saldo insoluto era precio insoluto.

La interpretación que se ha dado al contrato hace desaparecer las obligaciones recíprocas; queda el vendedor sujeto á todas las obligaciones que le imponen los artículos 1824 y siguientes; el comprador en una situación privilejiada, excepto de la obligación principal cual es la de pagar el precio convenido, no incurre en la mora ni tampoco puede pedirse por tal motivo la resolución del contrato en conformidad á los artículos 1489 y 1873 del citado Código.

La sentencia de primera instancia, que acoje la recurrida, cita el artículo 1631 que trata de la novación, siendo que aun suponiendo que intervienen tres personas en el otorgamiento de la escritura, no se contrae nueva obligación respecto de un tercero ni mucho menos piensa el vendedor en declarar libre de la obligación primitiva al deudor, faltando por lo tanto dos de los requisitos esenciales de este artículo que aparece infringido como igualmente el 1634, porque para que exista la novación es necesario que así lo declaren las partes ó que aparezca claramente la intención de novar.

No ha existido novación, porque conforme al inciso 2º del artículo 1632 no la hai cuando un tercero, como lo es don Ciriaco Sáenz, es subrogado en los derechos del acreedor.

Lo que hubo en dicho contrato fué subrogación conforme á lo preceptuado en el artículo 610 inciso 5º del Código Civil y la subrogación traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios del antiguo. En este sentido la sentencia recurrida ha violado también ese precepto legal, ya que los derechos del vendedor se traspasan primeramente á don Ciriaco Sáenz, y por éste, después, á doña Aurora Fernández.

Don Ciriaco Sáenz no ha entregado á don Francisco Monasterio cantidad alguna de co-

sas funjibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad. Falta la esencia del contrato de mútuo y se han infringido los artículos 2196 y 2197 del ya citado Código Civil.

Respondiendo la parte recurrida pide se deseche el recurso y expone: la sentencia ha aplicado estrictamennte la ley, pues para que exista venta sólo se exige, conforme el artículo 1793 del Código Civil, que una persona se obligue á dar á otra una cosa y ésta á pagarla en dinero.

En el caso actual, el comprador pagó una parte del precio al contado y en dinero y se obligó á pagar el resto igualmente en dinero y en la forma que se expresa en la escritura.

Si la antigua deuda de doña Aurora Fernández á don Ciriaco Sáenz por valor de $ 1.750 se extinguió y con esa suma se completaba la totalidad del precio de la cosa vendida, no puede sostenerse que quedó debiéndose aún por el comprador parte de ese precio.

En la escritura existen dos obligaciones, la del comprador de pagar el precio estipulado y la de mútuo de la señora Fernández á don Ciriaco Sáenz. La primera se extinguió, pues el comprador se sustituyó á esta señora en la obligación de pagar á don Ciriaco Sáenz el valor de la obligación mutuaria de que éste era acreedor y la segunda, ó sea el mútuo á favor de Sáenz subsiste porque no ha sido solucionada aún. En ese mútuo varían los términos, pues el deudor fué primero la señora Fernández y después fué sustituída por el comprador Monasterio y aquella quedó libre y pagada del precio de venta.

Se emitió el dictamen del Ministro á quien correspondió informar.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la sentencia recurrida al confirmar la de primera instancia, aceptando sus fundamentos, establece el hecho de que el precio de la propiedad vendida, según aparece de la escritura pública, fué totalmente pagada, con $ 750 que recibió el vendedor al contado, y con $ 1.750 en que se sustituyó al comprador como deudor de don Ciriaco Sáenz por igual cantidad que el mencionado vendedor adeudaba á éste, quedando en consecuencia libre de su anterior obligación;

2º Que del pago total del precio de la cosa vendida no sólo aparece de una manera indubitable de los términos claros y precisos del contrato mismo, sino que cualquiera que fuese la fuerza de los antecedentes de que lo hubiese deducido el Tribunal sentenciador para consignarlo como un hecho de la causa, según se ha expuesto en el considerando anterior, tal deducción no podría en este caso, servir de fundamento legal para la aceptación del recurso de que se trata, toda vez que con ella ni se cambia la naturaleza jurídica del contrato de compraventa celebrado entre las partes, ni se infringe disposición legal alguna;

3º Que establecido el hecho del pago total del precio de la venta en la forma establecida en los considerandos precedentes, la sentencia que rechaza la demanda de resolución del contrato de compra-venta por falta de pago de ese precio no ha podido infringir las disposiciones legales en que se funda el recurso, pues falta la base en que dicha demanda se apoya y desaparece el caso á que serían aplicables esas disposiciones;

4º Que la circunstancia de que el tercero, don Ciriaco Sáenz á quien el comprador se comprometió á pagar la cantidad de $ 1.750 que le adeudaba el vendedor, quedando éste libre de esa deuda, hubiese con posterioridad cedido dicho crédito al mismo vendedor no hace cambiar la índole de este crédito ni puede convertirlo en parte del precio de venta que, como se ha dicho, estaba cubierto en su totalidad;

5.º Que cualquiera que sea la calificación legal que en la sentencia recurrida se haya dado á ese crédito y cualquiera las citas legales que se hayan hecho, atendido lo expuesto en los considerandos anteriores de esta sentencia no influiría ello en manera alguna y menos sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia recurrida.

Visto además lo dispuesto en los artículos 940, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo deducido por

don Angel Sáenz contra la sentencia de una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Concepción, fecha 6 de julio de 1905.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gabriel Gaete.—*Leoncio Rodriguez.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Abel Saavedra—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.*

Cas. civ.—1º de septiembre de 1906.

Reyes con Solar

Casación en el fondo.—Petición de herencia —Cesión de derechos hereditarios; rescisión; prescripción.

DOCTRINA:—*La acción de petición de herencia sólo se concede, según el artículo 1264 del Código Civil, al que pruebe su derecho á una herencia y contra la persona que la ocupe "en calidad de heredero".*

Por consiguiente, debe anularse la sentencia que da lugar á dicha acción sin haber establecido el hecho de que el demandado ocupe en calidad de heredero la herencia que se reclama, fundándose en que era comunero á título de sociedad conyugal en una masa de bienes en que debían considerarse existentes los de dicha herencia, y aplicando así la citada disposición á un caso que está fuera del único determinado por ella.

La acción para pedir la rescisión de una compra-venta de derechos hereditarios prescribe en el plazo de cuatro años.

Don Samuel E. Illanes como apoderado de don Simón Antonio y de don Miguel Reyes, de doña Mercedes Reyes v. de Silva y de don Maximiliano López como esposo ó representante legal de doña Angela Reyes expone: que por solicitud separada había aceptado á nombre de sus mandantes las herencias de sus legítimos padres don Antonio Reyes y doña Cármen Figueroa, casada ésta en segunda nupcias con don José Mercedes Solar; que dichas herencias estaban indivisas y confundidas con los bienes adquiridos por la sociedad conyugal de don José Mercedes Solar y doña Cármen Figueroa, y que no conviniendo á los intereses de sus mandantes permanecer en la indivisión, venía en pedir se les citara á comparendo con el expresado Solar y con doña Cármen Reyes de Solar casada con don Francisco Solar y que es otra de las herederas, con el fin de nombrar árbitro que dividiera los bienes de ambas herencias y liquidara las sociedades conyugales habidas entre don Antonio Reyes y doña Cármen Figueroa y entre ésta última y su segundo marido don José Mercedes Solar.

Don José Mercedes Solar se opuso al comparendo en referencia y á las particiones y liquidaciones de las sociedades conyugales mencionadas, formulando artículo previo fundado en lo siguiente: que después del fallecimiento de su esposa, Cármen Figueroa, él había comprado á todos sus herederos los derechos que por cualquier título les correspondía en esa herencia, cuyas compras hizo por escritura pública y en forma legal y que por lo tanto no tenía comunidad alguna con los solicitantes del comparendo que autorizara el nombramiento de juez partidor; y que en cuanto á los bienes de don Antonio Reyes no los conocía ni había tenido jamás participación en ellos, ni tenía por tanto porqué figurar como parte ó intervenir en comparendos y partición de esos bienes.

Del artículo ú oposición del señor Solar se comunicó traslado; y don Samuel E. Illanes contestando por sus representados ya nombrados, expone: que el señor Solar se había opuesto al nombramiento de árbitro alegando que había comprado á los herederos de doña Cármen Figueroa todos sus derechos á

la herencia y que en cuanto á la herencia de don Antonio Reyes no tenía noticias de ella ni sabía donde estaba; que, sin embargo, el señor Solar bien sabía que la herencia del padre de sus mandantes estaba confundida con los bienes de doña Cármen Figueroa v. de Reyes, con quien el señor Solar se había casado sin hacer inventario de ellos, ni menos entregar á sus hijos la legítima que les correspondía ni parte alguna de dichos bienes; que el expresado Solar tomó todos los bienes de la sociedad conyugal indicada y trató á los hijos de don Antonio Reyes, todos menores de edad, como á personas indignas de derechos, siendo su mayor empeño privarlos de educación y persuadirlos de que nada tenían, y habiendo observado respecto de éllos una conducta en extremo inmoral; que á su muerte don Antonio Reyes dejó seis carretas aperadas con más de cuarenta bueyes, una casa y sitio que vendió después don José Mercedes Solar, con nueve piezas, galpones, cocina y un gran corralillo que habita ahora el administrador del ferrocarril á la Paloma, ubicada en Sotaquí en este departamento con los deslindes que expresa, varios caballos, mulas, burros, herramientas de labranzas de todas clases, dos sementeras de hortalizas en dos potreros que arrendaba á don Pascual Varela en su fundo del mismo pueblo, dinero y algunos créditos; que Solar era un pobre mayordomo del señor Ariztía que sólo tenía su caballo y su montura; que durante la viudez de la señora Figueroa todos sus hijos trabajaron en las faenas de campo y ayudaron á aumentar los bienes, pudiendo estimarse en más de $ 20,000 á la fecha del matrimonio del señor Solar con doña Cármen Figueroa; que aunque es verdad que el referido Solar por engaño y violencia y haciéndoles creer que nada tenían, á pesar de que aquella hacienda durante el segundo matrimonio de la madre de sus representados vale más de $ 60,000, compró á precio insignificante la cuota en la herencia de la madre común perteneciente á sus mandantes, tales compras, arrancadas con intimidaciones y engaños, nada valen y deben declararse nulas, y que en consecuencia, entabla demanda de petición de la herencia de don Antonio Reyes, consistentes en los bienes indicados, que existe confundida con la de doña Cármen Figueroa de Solar, y acción de nulidad por fraude y violencia, de las diversas compra-ventas, fechas 25 de Octubre de 1892 la que se refiere á doña Mercedes Reyes v. de Silva, de 4 de Diciembre de 1891 las de don Simón Antonio y Angela Reyes y de 11 de Febrero de 1901 la de don Miguel Reyes, todas otorgadas en esta ciudad, siendo además nulas absolutamente estas tres últimas compras por haber comprado antes de concederse á los vendedores la posesión efectiva de la herencia de su madre doña Cármen Figueroa de Reyes. Termina pidiendo que, dando por evacuado el traslado pendiente y teniendo por deducida la demanda, se declare, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 688, 1264, 1456 y 1458 del Código Civil, que don José Mercedes Solar debe hacer á sus mandantes entrega de la herencia de su padre don Antonio Reyes y que son nulas las compra-ventas citadas.

Por auto de 26 de julio del año pasado, en atención á la demanda que queda expresada, se dió lugar al artículo previo sobre oposición al comparendo formulado por don José Mercedes Solar, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva con motivo de la demanda entablada por los mismos que habían solicitado el comparendo mencionado al principio.

Don José Mercedes Solar contestando la demanda pide se niegue lugar á ella, con costas, en virtud de las siguientes razones que expone: que siendo dos las acciones deducidas en la demanda se ocupará de ellas separadamente; que se deduce por los demandantes la acción de petición de la herencia de don Antonio Reyes, fallecido en octubre de 1872, fundándose para ello en la disposición del artículo 1264 del Código Civil, pero que dicha acción es improcedente en su contra porque él jamás se ha atribuido el carácter de heredero del citado Reyes y lo que ha dicho y sostiene es que no tiene en su poder bienes que hayan pertenecido á don Antonio Reyes, agregando además que este señor cuando murió no dejó bienes de ninguna clase; que el expresado Reyes, ántes de morir, era mediero en el fundo que poseía don Pascual Varela en la subdelegación de Sotaquí, mediero que sembraba una

cuadra de tierra y su producido le daba escasamente lo necesario para el sustento de su familia, siendo completamente falso que tuviera seis carretas y los bueyes necesarios para movilizarlas, porque mal podía el mediero de una cuadra de tierra tener el número de carretas y bueyes que se dice, cuando en el fundo del señor Varela sólo ha habido siempre dos carretas para su explotación; que por otra parte no se explica que los herederos de don Antonio Reyes reclamen la herencia dejada por éste, después de treinta años de haber fallecido y después de veintidos años de haber sido casado él (Solar) con la viuda de dicho señor, y sobre todo si se toma en cuenta que en este lapso de tiempo los demandantes le vendieron por escrituras públicas, los derechos hereditarios que le correspondían en la herencia de su madre doña Cármen Figueroa, sin que hasta ese tiempo hubieran descubierto que su padre don Antonio Reyes había dejado bienes que ellos podían heredar; que hay que dejar constancia que cuando él se casó con doña Cármen Figueroa, en agosto de 1880, los demandantes, con excepción de don Miguel Reyes, eran todos mayores de edad, y que es natural suponer que si ellos creían que su padre dejó algunos bienes al fallecimiento los habrían reclamado en ese tiempo; que es falso que don Antonio Reyes á su fallecimiento tuviera una casa en el pueblo de Sotaquí, y que lo que hay de cierto á este respecto es que cuatro años después del allecimiento del expresado Reyes, doña Cármen Figueroa con dinero por ella adquirido, compró un sitio en el pueblo de Sotaquí y á costa de sacrificios consiguió edificar una casita que perteneció en exclusivo dominio á dicha señora; que corrobora su afirmación de que el señor Reyes no tenía bienes de ninguna clase al tiempo de su muerte, la declaración que se consigna en la partida de defunción de que no testó porque era pobre; que cuanto á la acción de nulidad de las escrituras de compra-venta de los derechos de la herencia materna, que también se deduce en la demanda, ella no tiene ni apariencias de verosimilitud ni es legal; que es absurdo sostener que tres escrituras otorgadas en distintas fechas y por personas mayores de edad adolezcan del vicio ó defecto de haber sido otorgadas con fraude y violencia y que no se expresa en que consiste ésta ni donde está el fraude, absurdo que resalta más tomando en consideración que una de dichas escrituras (la de 25 de octubre de 1892), fué otorgada previos los trámites judiciales para obtener el correspondiente permiso para otorgarla; que finalmente no son legales las causales en que se funda la acción de nulidad y que el fraude y la violencia son actos punibles que tienen su sanción en la ley penal, pero que no son base de una acción civil de nulidad; y por último termina pidiendo que, en mérito de lo expuesto, se deseche la demanda, con costas, por ser falsos los hechos en que se la funda é improcedente la acción de petición de herencia deducida en su contra y también improcedente la acción de nulidad, y que respecto de esta última acción alega contra todos los demandantes, con excepción de don Miguel Reyes, la excepción de prescripción de cuatro años que establece el artículo 1691 del Código Civil.

En rebeldía de los demandantes se dió por evacuada la réplica y se recibió la causa á prueba, habiéndose rendido la que consta de autos.

Se oyó al señor Defensor de Menores, quien ha opinado porque se acepte la prescripción alegada por el demandado y se deseche la demanda en vista de las consideraciones que aduce en su respectivo dictamen.

El juzgado falló:

Considerando:

1.º Que según lo dispuesto en el artículo 1264 del Código Civil, el que probare su derecho á una herencia ocupada por otra persona en calidad de heredero, tiene acción para que se le adjudique la herencia y se le restituyan las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales;

2.º Que el demandado don José Mercedes Solar ha sostenido en este juicio que él no es heredero de don Antonio Reyes ni tiene en su poder bienes que le hayan pertenecido á este señor; y los demandantes no han probado lo contrario;

3.º Que aunque los demandantes han tratado de probar, y en parte lo han probado, que don Antonio Reyes á su fallecimiento

ocurrido el 15 de octubre de 1872 según el documento, había dejado los bienes que se expresan en las preguntas 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª y 6.ª de la minuta, también es cierto que ni siquiera han intentado acreditar que esos mismos bienes ó algunos otros que hubiera dejado el citado Reyes se encuentren en poder del demandado don José Mercedes Solar y que éste los tenga llamándose heredero del expresado señor Reyes;

4.º Que por otra parte, y aun en el supuesto de que don Antonio Reyes á su fallecimiento hubiera dejado todos los bienes que los demandantes sostienen que dejó, tampoco se ha probado que su cónyuge sobreviviente doña Cármen Figueroa al contraer segundas nupcias con don José Mercedes Solar, con fecha 15 de agosto de 1880, ó sea cerca de ocho años después de viuda de aquél, hubiera aportado á éste último matrimonio alguna clase de bienes que hubiesen pertenecido á la anterior sociedad conyugal que tuvo con el mencionado Reyes; pues en autos sólo aparece probado que aportó al matrimonio con el expresado señor Solar un sitio que según consta del certificado, adquirió por compra hecha con fecha 7 de agosto de 1874, ó sea después de la muerte de su anterior marido el citado Reyes;

5.º Que de la prueba rendida por el demandado al tenor de la minuta, de la fe de defunción en la cual se expresa que don Antonio Reyes no testó por ser pobre, y del expediente sobre cesión de bienes hecha por el citado Reyes con fecha 26 de Junio de 1868 que corre agregado en parte de prueba y del que consta que en esa fecha don Antonio Reyes no tenía más bienes que una carreta con dos yugos avaluada en $ 130 y un papal estimado en $ 45 y que sus deudas ascendían á $ 2,116, aparece mérito probatorio bastante para creer ó presumir que dicho señor Reyes á su fallecimiento no dejó los bienes que se mencionan en la demanda ó á que se refiere la minuta;

6º Que no aparece legalmente justificado el fraude, engaño y violencia que se afirma en la demanda haber empleado don José Mercedes Solar para obligar á los actuades demandantes á que le vendieran sus derechos á la herencia de doña Cármen Figueroa, pues la prueba rendida sobre el particular es demasiado deficiente, sobre todo tomando en cuenta que sólo debe tomarse en consideración los seis primeros testigos que han declarado por parte de los demandantes por ser éste máximum de los testigos que puede presentar cada parte, según lo dispuesto en el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil;

7º Que tampoco se ha probado que no se hubiera pedido y obtenido la posesión efectiva de la herencia de doña Cármen Figueroa antes que los demandantes vendieran sus derechos á la herencia de dicha señora al demandado señor Solar; y que aún cuando no se hubiere obtenido esa posesión, la falta de ese requisito no está penada con la nulidad del acto como lo prescribe el artículo 696 del Código Civil;

8º Que el plazo para pedir la rescisión de los contratos de venta de los derechos á la herencia de doña Cármen Figueroa que los actuales demandantes hicieron á don José Mercedes Solar, estaba prescrito con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1691 del Código Civil, respecto de las escrituras de 25 de octubre de 1892 y 4 de diciembre de 1891, por las cuales vendieron doña Mercedes, don Simón Antonio y doña Angela Reyes, por haber transcurrido más de cuatro años entre el otorgamiento de esas escrituras y la fecha de la presente demanda (26 de julio de 1902); y

9º Que aunque á última hora se sostiene por los demandantes, en el alegato de bien probado, que la prescripción alegada de contrario á que se alude en el considerando precedente se suspendió respecto de doña Angela Reyes por el hecho de haberse casado ésta con don Maximiliano López el 26 de mayo de 1893, según consta de la partida de matrimonio que corre en el expediente agregado sobre aceptación de herencia, tal hecho no aparece debidamente comprobado por cuanto de la partida de matrimonio citada consta que la Angela Reyes que aparece casada con el expresado López no es la hija de Cármen Figueroa de que se trata en el presente juicio, sino hija de Cármen Quiroga, no guardando tampoco relación ó conformidad con esto la partida de nacimiento acompañada por los demandantes, al alegar de bien probado, como correspondiente á Angela Reyes Figueroa, pues di-

cha partida se refiere á Angela del Rosario Reyes, hija nó de Cármen Figueroa sino de Cármen Cataldo.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1696, 1264, 1454, 1682, 1691 y 1698 del Código Civil y 361, 374 y 428 del de Procedimiento Civil, se declara: 1º que ha lugar á la prescripción alegada por el demandado don José Mercedes Solar; y 2º que no ha lugar á la demanda, sin costas por estimar que los demandantes han podido creer que tenían motivos atendibles para litigar.—*B. González A.*

Apelada esta resolucion,

Serena, 4 de enero de 1904.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y los considerandos 1º y 6º de la sentencia apelada de 29 de agosto último, y teniendo presente:

1º Que los demandantes han acreditado con los documentos del cuaderno agregado, que son hijos legítimos de don José Antonio Reyes y de doña Cármen Figueroa y herederos del primero, hechos aceptados por el demandado;

2º Que doña Cármen Figueroa contrajo segundas nupcias con don José Mercedes Solar, el demandado, sin que procediera á hacer inventario de los bienes de la sociedad conyugal anterior ni de la comunidad que subsiguió á ésta, y sin que se liquidase esta comunidad;

3.º Que consta de autos que Reyes dejó algunos bienes y que su viuda durante la comunidad adquirió otros, como los que se enumeran en los puntos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º de la minuta, y el sitio y casa á que se refiere la inscripción;

4º Que por el testimonio de los cinco testigos que afirman el hecho consignado en el punto 7º de la misma minuta, consta que la viuda de Reyes continuó los negocios de su marido y se casó despues con el demandado que era hombre pobre;

5º Que los mismos testigos afirman respondiendo al punto 8º de la misma minuta que los hijos de Reyes trabajaron en las faenas de campo á que se dedicaba su madre y el demandado;

6º Que, en consecuencia, está subsistente en los bienes de la sociedad conyugal del demandado con doña Cármen Figueroa, la comunidad que precedió á su matrimonio, formado por los bienes de la herencia de don Antonio Reyes y de los de doña Cármen Figueroa.

En mérito de estas consideraciones y conforme á los dispuesto en los artículos 1264 y 1698 del Código Civil se declara, que ha lugar á la demanda sólo en cuanto don José Mercedes Solar debe hacer entrega á los demandantes de la herencia de don Antonio Reyes. Se revoca la sentencia apelada en lo que fuere contraria á la presente, y se confirma en lo demás.

El señor Ministro Herrera confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

Redactada por el señor Ministro don Eduardo Gómez Herrera.—*Eduardo Gómez Herreros.— Felipe M. Herrera.—M. Carvallo.*

Contra este fallo la parte de Solar ha interpuesto recurso de casación en el fondo, y formalizándole dice:

El vicio de la sentencia consiste en haber sido dictada con infracción de lo prevenido en los artículos 1264, 1265 y 1698 del Código Civil.

Se ha infringido el primero, porque se ha dictado la sentencia contra Solar, que no se ha atribuido jamás la calidad de heredero de don Antonio Reyes, y constan de autos declaraciones expresas del mismo Solar que así lo manifiestan. Mientras tanto el artículo 1264 citado solo dá cabida á la acción de petición de herencia contra el que ocupa la herencia con pretensiones de heredero.

Se ha infringido el mismo artículo en la declaración de que debe hacerse á los demandantes entrega de la herencia de don Antonio Reyes, sin que en la sentencia ni en la demanda se hayan determinado ó precisado en que consiste esa herencia y qué es lo que el demandado debe entregar. El artículo 1264 citado dispone que se indique lo que debe restituirse al que ejercita la acción de petición de herencia.

Se ha infringido el artículo 1265 del Código Civil porque en el considerando 6º de la sentencia recurrida se aplican las reglas del cuasi contrato de comunidad á lo que se rige por el artículo citado.

Se ha infringido, por último, el artículo 1698 del Código Civil dándose por probado el hecho de que don José Mercedes Solar ocupa en calidad de heredero bienes dejados por don Antonio Reyes, hecho que no se ha probado en manera alguna y que incumbía justificar á los demandantes.

En la fundación del recurso, el representante de Solar da más desenvolvimiento á estas observaciones, y alega que la sentencia carece de toda lógica y su parte dispositiva no tiene relación con los considerandos que la preceden, desde que ni siquiera ha podido declarar que Solar recibiera bienes de su mujer doña Cármen Figueroa.

La Corte:

Considerando:

1º Que según los términos del artículo 1264 del Código Civil la acción de petición de herencia solo se concede al que pruebe su derecho á una herencia y contra la persona que la ocupe "en calidad de heredero";

2º Que la sentencia recurrida acepta dicha acción sin haber establecido el hecho de que el demandado ocupe en calidad de heredero la herencia del padre de los demandantes, y al contrario, el mismo fallo declara por vía de consecuencia deducida de otros hechos que "está subsistente en los bienes de la sociedad conyugal del demandado con doña Cármen Figueroa la comunidad que precedió á su matrimonio, formada por los bienes de la herencia de don Antonio Reyes y de los de doña Cármen Figueroa"; lo que se reduce á manifestar que, á juicio del Tribunal sentenciador, el demandado en calidad de marido de la comunera viuda de Reyes, se incorporó á la comunidad en que, con la herencia del primer marido, se hallaban los bienes de la misma viuda; ó en otros términos, que el demandado era simple comunero á título de sociedad conyugal en una masa de bienes en que debían considerarse existentes los del padre de los demandantes.

3º Que en consecuencia de lo dicho el fallo recurrido ha aplicado el artículo 1264 del Código Civil á un caso que está fuera del único determinado por la misma disposición, la cual ha sido, por tanto, infringida de un modo que influye sustancialmente en la parte dispositiva de la sentencia.

Visto, además, lo prescrito en los artículos 940, 958 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar al recurso de casación en el fondo contra la sentencia de fecha 4 de enero de 1904; la cual se invalida, y será reemplazada por la que este Tribunal dictará á continuación de la presente. Devuélvase á la parte de don José Mercedes Solar la cantidad depositada.

Redactada por el Ministro señor Aguirre Vargas.—*V. Aguirre V.—Cárlos Varas.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.—Alejo Fernández.—J. Bernales.*

Y fallando la causa:

Santiago, 1º de septiembre de 1906.—Vistos: Con el mérito de los hechos establecidos por la sentencia invalidada de 4 de enero de 1904, y visto lo prevenido en los artículos 1264 y 1265 del Código Civil y 958 del Código de Procedimiento Civil se confirma la sentencia apelada de 29 de agosto de 1903, sin perjuicio de que los demandantes puedan hacer valer las otras acciones, distintas de la de petición de herencia y que resultaren corresponderles sobre los bienes de don Antonio Reyes á que se refieren los considerandos de la sentencia invalidada.

Redactada por el señor Ministro Aguirre Vargas.—*V. Aguirre V.—Cárlos Varas.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.—J. Bernales.—J. Alejo Fernández.*

Cas. en la forma.—5 de noviembre de 1906

Olguín con Ruiz

Venta en remate.—Obligación de entregar.—Restitución del precio.—Emplazamiento.

DOCTRINA:—*El subastador de una propiedad en remate verificado en una partición, tiene derecho para que los here-*

deros le restituyan lo que pagó por ella, y que ingresó á la masa partible, si no ha podido entrar en posesión por haberse declarado por sentencia ejecutoriada que dicha propiedad no pertenecía á la sucesión; y le asiste este derecho aun cuando los demandados se hayan opuesto en el juicio de partición á que se incluyera esa propiedad en el inventario y se sacara á remate, y aun cuando el partidor haya declarado que el remate se verificaba bajo la responsabilidad del heredero que lo solicitó.

Es nula la sentencia pronunciada con omisión del emplazamiento de una de las partes para contestar la demanda, por no haberle sido notificada ésta personalmente ni haber comparecido por sí en la secuela del juicio.

Don Toribio de la Vega, por don Fernando Olguín cura-párroco de Empedrado, departamento de Constitución, expone:

Que en 9 de junio de 1899 ante el juez partidor don Juan Francisco Tapia que conocía de la partición de los bienes quedados por fallecimiento de don Vicente Ruiz y de doña Felisa Ormazabal, su representado remató por el precio de $ 2.506 que pagó al contado, la parte del fundo Villabosa á que se refiere la escritura pública de 9 de junio de 1899.

Que cuando se trataba de inscribir la aludida escritura pública se presentó don Isaías Bravo oponiéndose á la inscripción de ella alegando dominio exclusivo sobre todo el fundo Villabosa, con cuyo motivo su representado y don Manuel Jesús Olguín marido de doña Mercedes Ruiz siguieron un largo juicio con el mencionado don Isaías Bravo, que en definitiva fué resuelto en favor de éste por sentencia de 28 de agosto y 27 de diciembre de 1901, habiéndose aceptado la prescripción que alegaba el señor Bravo.

Que habiéndose comunicado al árbitro las sentencias indicadas, el señor Tapia mandó eliminar de la partición el fundo Villabosa, declaró sin efecto el remate y dispuso que se devolviera el precio al señor Olguín, lo que aun no se ha obtenido.

Que como la sucesión vendedora se ha puesta en la imposibilidad absoluta de cumplir la obligación de entrega ó tradición que le impone el artículo 1824 del Código Civil, su mandante, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 1826 del mismo Código, se desiste del contrato y demanda á la vez que la restitución del precio con los intereses corrientes, la indemnización de perjuicios según las reglas jenerales, entre los cuales deben contarse las costas causadas en el juicio con el señor Bravo, á cuyo efecto debe hacer presente que sabedores los herederos Ruiz Ormazabal de que su representado había obtenido que se les notificara para que, conforme al artículo 1843 del citado Código, comparecieran á la defensa del juicio se anticiparon á esa notificación declarando por medio de una solicitud suscrita por todos ellos con excepción del representante de doña Mercedes Ruiz, que no comparecían á esa defensa, como en efecto no comparecieron, salvo don Manuel Jesús Olguín que fué comprendido en la demanda del señor Bravo.

Que, en consecuencia, entabla demanda contra los herederos de don Vicente Ruiz y de doña Felisa Ormazabal que lo son: don Baldomero, don Rudecindo, doña Fernanda, doña Juana del Cármen y doña Mercedes Ruiz para que en definitiva se declare que, el tercer día de ejecutoriada la sentencia que se pronuncie deben restituir á su mandante el precio de $ 2.506 que dió como valor de la venta, con los intereses corrientes, por vía de indemnización de perjuicios, conforme al artículo 1559 del Código Civil y á más todas las costas, á justa tasación, causadas en el juicio seguido con don Isaías Bravo, también con los intereses corrientes, con costas.

Don Anjel C. Arias, agente judicial, por don Baldomero, don Rudecindo, doña Fernanda y doña Juana del Cármen Ruiz, todos domiciliados en la subdelegación de Huerta de Maule y agricultores, contestando la anterior

demanda, pide que en definitiva se la deseche con costas y dice:

Que cuando se practicaba la partición de los bienes quedados por fallecimiento de don Vicente Ruiz y de doña Felisa Ormazábal sus mandantes declararon en repetidas ocasiones que el fundo Villabosa pertenecía á don Isaías Bravo, y en consecuencia solicitaron en dicha partición que se eliminase esa propiedad de los inventarios, en que se la había hecho figuran sorpresivamente á instancia de don Manuel Jesús Olguín marido de doña Mercedes, hermana de don Fernando, con quien procedía de acuerdo en todas aquellas jestiones; pero no se obtuvo la eliminación del expresado fundo.

Que don Manuel Jesús Olguín pidió que se sacara á remate la porción de terreno del fundo Villabosa á que se refiere el escrito de demanda, á lo que se opusieron sus mandantes; pero el juez compromisario señor Tapia, resolviendo el incidente, declaró que debía llevarse adelante el remate solicitado por don Manuel Jesús Olguín bajo la responsabilidad de éste.

Que el remate aludido dió lugar á una serie de gestiones ante este Juzgado, en las cuales sus mandantes declararon que el fundo Villabosa no era de propiedad de las sucesiones de don Vicente Ruiz y de doña Felisa Ormazábal y que, por lo tanto, no debía figurar en la partición de los bienes de éstos, y todavía en uno de los juicios este Juzgado declaró que debía suspenderse el remate de Villabosa, resolución que se notificó oportunamente al compromisario señor Tapia.

Que, desde antes que se verificara el remate, el demandante don Fernando Olguín conocía los antecedentes relacionados, sabía que el fundo Villabosa había sido vendido por los herederos de don Vicente Ruiz i de doña Felisa Ormazábal á don José Tomás y á don Daniel Argomedo, que éste adquirió posteriormente los derechos que en dicha propiedad correspondían á su hermano don José Tomás y que don Daniel Argomedo había vendido dicho fundo á don Isaías Bravo, quien se encontraba en posesión de dicho fundo cuando se verificó dicho remate. Además, conocía perfectamente la petición deducida por sus mandantes en el juicio de partición para que no se llevase á efecto el remate de una parte del fundo Villabosa, así como también se impuso de que ese remate se verificaba bajo la sola responsabilidad de don Manuel Jesús Olguín; y

Que el inciso 3º del artículo 1852 del Código Civil que dispone que cesará la obligación de restituir el precio si el que compró lo hizo á sabiendas de ser ajena la cosa, resuelve la cuestión en una forma que no deja lugar á duda, y en el mejor de los casos, el demandante ha podido dirigir su acción contra don Manuel Jesús Olguín bajo cuya responsabilidad, como se ha dicho, se verificó el remate.

En rebeldía de doña Mercedes Ruiz se dió por contestada á su respecto la demanda.

En los escritos de réplica y dúplica, las partes insisten en sus alegaciones.

Se citó para sentencia.

Considerando:

1º Que por sentencia de 28 de agosto de 1901 y de 27 de diciembre del mismo, se declaró que el fundo Villabosa rematado por don Fernando Olguín ante el compromisario don Juan Francisco Tapia que conocía de la partición de los bienes quedados por fallecimiento de don Vicente Ruiz y de doña Felisa Ormazábal según lo acredita la escritura pública de 9 de junio de 1899 pertenecía á don Isaías Bravo;

2º Que como consecuencia de lo ordenado por las sentencias aludidas no pudo hacerse entrega á don Fernando Olguín del fundo ya expresado; pero en esta falta de entrega no tienen culpa alguna los herederos de la sucesión indicada, por lo menos los actuales demandados representados por don Angel C. Arias, quienes reconocieron que el fundo Villabosa que se hacía figurar en el inventario de los bienes de la sucesión Ruiz Ormazábal pertenecía al señor Bravo, pidieron que se eliminara de dicho inventario y se opusieron á que se sacara á remate como bien de la sucesión, remate que se llevó á cabo bajo la responsabilidad de don Manuel J. Olguín únicamente.

3º Que la acción deducida en la demanda tiene lugar cuando se ha retardado la entrega de la cosa vendida por hecho ó culpa del

vendedor, lo que no sucede en el presente caso; y

4º Que por otra parte, de la copia aparece que en el juicio de partición de los bienes de don Vicente Ruiz y de doña Felisa Ormazábal, el compromisario señor Tapia al pronunciar el laudo, resolvió dejar sin efecto el remate del fundo Villabosa, debiendo la parte de don Manuel J. Olguín ser responsable de los perjuicios é indemnización que haya que hacer provenientes de haberse llevado á efecto el expresado remate, restituirse al rematante el dinero que pagó por el retazo de terreno subastado y eliminarse de los bienes partibles el fundo Villabosa.

Y visto lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil y en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar la demanda, sin costas, por haber tenido la parte demandante fundamento plausible para litigar, y sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer en vía ordinaria.—*Salvador Ramírez L.*

Apelada esta resolución,

Talca, 2 de mayo de 1906.—Vistos: aceptando la parte expositiva y los considerandos 1º y 4º de la sentencia de primera instancia y teniendo además presente:

1º Que del mérito general del expediente consta que el demandante no ha podido entrar en posesión del terreno á que se refiere la escritura, por lo que se ha visto en la necesidad de entablar la acción que le acuerda el artículo 1826 del Código Civil, para reclamar el precio que pagó por el terreno subastado; y

2º Que de la dicha escritura consta que el terreno en cuestión fué rematado á nombre de la sucesión de don Vicente Ruiz y doña Felisa Ormazábal y el precio entregado al compromisario don Juan Francisco Tapia, por lo que debe entenderse ingresado á la masa partible.

De acuerdo con estas consideraciones, disposiones legales citadas y lo prescrito en el artículo 1698 del citado Código, se revoca la sentencia apelada de 28 de octubre de 1904, y se declara que ha lugar á la demanda, en cuanto en ella solicita don Fernando Olguín que las personas demandadas le restituyan dentro de tercero día los $ 2.506 que entregó como valor del terreno rematado, con sus intereses legales desde la contestación de la demanda en 15 de junio de 1903, hasta el día de la restitución.

Se reserva á dichos herederos las acciones que pudieren ejercitar contra don Manuel Jesús Olguín.

Redactada por el señor Ministro Urrutia. —*F. Letelier.—Montero.—T. Urrutia.*

Contra esta sentencia interpuso el procurador de turno don Andrés 2º Morales por doña Fernanda Ruíz, los recursos de casación en el fondo y en la forma y formalizando el último dice:

Consta de autos que la demandada doña Fernanda Ruíz, lo mismo que los co-demandados que figuran en la escritura de mandato no ha sido emplazada para contestar la demanda en la forma prescrita por la ley, puesto que ni dicha señora ni sus co-demandados, han sido notificados personalmente de la indicada demanda, faltando así á lo que sobre el particular prescribe el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, incurriendo en la omisión de uno de los trámites ó diligencias que la ley califica de esenciales y que en conformidad con lo dispuesto en el número 1º del artículo 941 del expresado Código, acarrea la nulidad del fallo.

La Corte:

Considerando:

1º Que, según disposición terminante del artículo 43 del Código de Procedimiento Civil, en toda gestión judicial la primera notificación á las partes ó personas á quienes hayan de afectar sus resultados, deberá hacérseles personalmente, entregándoles copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que hubiere recaído, cuando fuere escrita;

2º Que con arreglo al artículo 41 del mismo Código, las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo á la ley, salvo los casos expresamente exceptuadas por ella;

3º Que de autos consta que la recurrente doña Fernanda Ruíz no fué notificada personalmente de la demanda, ni de ninguno de

los trámites posteriores del juicio, así en primera como en segunda instancia, recibiendo por ella todas las notificaciones los procuradores don Angel C. Arias y don Andrés 2º Morales, quienes siguieron la causa hasta su conclusión, sin que durante su secuela compareciera personalmente la demandada de que aquí se trata ó ejecutara acto alguno que con arreglo á la ley pudiera reemplazar ó hiciera innecesaria dicha comparecencia; y

4º Que la falta de notificación personal á que se alude en el anterior considerando, importa la omisión del emplazamiento para contestar la demanda, y consecuencialmente, la de la notificación de los demás trámites del juicio declarados esenciales por la ley para la validez del fallo que en él recaiga.

Visto además lo prevenido en los artículos 939, 941, 959 y 973 del Código de Procedimiento Civil se declara que ha lugar al recurso de forma interpuesto.

Invalídase por tanto la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca y se suspenden los efectos de todo lo obrado en el juicio, el cual se repone al estado de notificar con arreglo á derecho la demanda.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren. —*Leoncio Rodríguez.* —*J. Gabriel Palma Guzmán.*—*E. Fóster Recabarren.*—*A. Vergara Albano.*

Cas. en la forma.—27 de noviembre de 1905

Nieto con Picard

Casación de oficio.—Poder; delegación.—Expresión de agravios; citación para sentencia.—Omisión de trámites esenciales.

DOCTRINA:—*No representa válidamente al mandante el procurador en quien se delegó el mandato por el que á su vez era delegado del mandatario directo.*

Es nula la sentencia de segunda instancia pronunciada sin que una de las partes haya expresado agravios ni haya sido citada para sentencia, debido á que el procurador obraba sin poder suficiente.

Pronunciada la sentencia de fecha 16 de mayo de este año, por una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, se dedujo contra ella por don Enrique Nieto recurso de casación en la forma fundado en la causal señalada en el número 4º del artículo 941, ó sea la de haberse fallado *ultra petita*, por haber el tribunal extendido su sentencia á una excepción que no fué opuesta por el demandado, como es la nulidad de la fianza á que se refiere la demanda para garantir el cumplimiento de la obligación cuyo pago se persigue en este juicio.

Después de interpuesto el recurso, se presenta don Osvaldo Hevia por la misma parte recurrente, exponiendo que don Enrique Nieto le había conferido poder para representar en la causa, el cual lo había delegado en don Juan López R.

Pues bien, este delegatario es el que haciéndose parte en la instancia seguida ante la Corte de Apelaciones, subdelegó su representación en el procurador don Francisco Jaramillo, con quien se tramitó el recurso de alzada.

Aparece, pues, que don Enrique Nieto no ha estado debidamente representado y la sentencia de fecha 16 de mayo último es nula, ya que el expresado Nieto no ha sido emplazado en segunda instancia ni citado para oir dicha sentencia.

Pide, en consecuencia, que el Tribunal haga uso en este caso de la atribución que le confiere el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que el poder con que representaba el procurador don Francisco Jaramillo á la parte de don Enrique Nieto en virtud del cual contestó la expresión de agravios de la parte apelante y concurrió á los trámites posteriores del juicio, fué conferido por el delegatario don Juan López, á quien á su turno se lo había delegado don Osvaldo Hevia.

2º Atendido lo expuesto, y no siendo suficiente el poder mediante el cual obraba el procurador Jaramillo á nombre de Nieto, éste no ha estado debidamente representado en la nstancia en que se pronunció la sentencia, por consiguiente habiéndose faltado á los trámites esenciales del juicio designados en los números 2° y 5º del artículo 970 del Código de Procedimiento Civil, se ha incurrido en el vicio de casación previsto en el número 9º del artículo 941 del citado Código.

Visto, además, lo dispuesto en el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil, haciendo uso el Tribunal de la facultad que dicho artículo le otorga, se invalida la sentencia de fecha 16 de mayo de este año y se repone el proceso en el estado de contestar la expresión de agravios del apelante, devolviéndosele al efecto al Tribunal respectivo para que oportunamente se dicte la sentencia que fuere de derecho. Devuélvase á la parte la cantidad consignada.

Acordada por unanimidad, después de desecharse la indicación previa del Ministro señor Fóster para que se recibiera á prueba el hecho de haber tenido conocimiento personal don Enrique Nieto de las actuaciones producidas con intervención del procurador Jaramillo como afirmó en estrados el abogado de la parte recurrida, y en virtud de lo prescrito por los artículos 969 y 977 del Código de Procedimiento Civil.

Redactada por el Ministro señor Bernales. —*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

———

Cas. civ.—6 de septiembre de 1906

Guzmán con Compañía de Seguros "La Francesa"

Seguro.—Acreedor hipotecario; interés real en la contratación del seguro.—Cesión de crédito.

DOCTRINA:—*Para celebrar un contrato de seguro se requiere de parte del asegurado, además de la capacidad legal, que tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor ó administrador de bienes ajenos, sea en cualquiera otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado.*

Existe el interés exigido por la ley de parte del cesionario de un crédito hipotecario, aún cuando no se haya practicado con anterioridad al seguro la inscripción del traspaso del crédito en el respectivo Rejistro.

El asegurador no es parte en las cuestiones que pudieran ocurrir entre el cedente y el cesionario sobre quien es el dueño del derecho real de hipoteca, en caso de producirse por omisión ó retardo de la inscripción correspondiente.

———

Don Alfredo Guzmán demandando, expone que con fecha 3 de septiembre de 1902, aseguró en la Compañía de Seguros La Francesa una casa de don Galvarino Riquelme, ubicada en Santiago, Avenida Huelén, ántes Resbalón, por la suma de $ 4.000 como acreedor hipotecario del expresado señor Riquelme; que esa propiedad fué destruida por el fuego y que á pesar de haber presentado el estado detallado de las pérdidas que con ese incen-

dio sufrió y de haber cumplido con todos los requisitos exigidos en la póliza, no ha podido obtener el pago de aquella suma. Concluye pidiendo se declare que La Francesa debe pagarle la suma de $ 4.000, importe de la póliza, dentro de tercero dia con costas.

Contestando la Compañía demandada, dice: que no tiene inconveniente alguno para cubrir el importe del seguro, pero en la forma contratada, esto es, en cuanto él sirva para cubrir el crédito hipotecario de Guzmán, tal como lo establece la escritura de cesión, fecha 2 de septiembre de 1902, celebrada entre doña Berta Lapaille v. de Guevara y don Alfredo Guzmán Hermosilla, y siempre que exhiba el certificado de inscripción de la hipoteca. Agrega que, por lo que hace á la escritura de mutuo, no tiene porqué tomarla en cuenta La Francesa, pues en ella aparece como acreedor hipotecario doña María Elisa Herrera á quién además y para asegurar el pago de su crédito, se cedió una póliza de La Royal. Pide que se acepte la demanda solo en cuanto sea necesario para cubrir el crédito de Guzmán, ya que para éste el seguro no es sino un contrato de indemnización.

En el escrito de réplica, el demandante alega: que aparte del mútuo á su favor, en su calidad de agente de negocios obtuvo para don Galvarino Riquelme un préstamo por $1,000 con garantía hipotecaria de la misma propiedad; que por la escritura de mútuo se cedió á doña María Herrera la póliza de La Royal y que, pesando sobre el deudor la obligación de renovarla, se hizo un solo seguro por $ 4,000 en La Francesa para responder al pago de esos dos créditos.

Don Galvarino Riquelme, comerciante, domiciliado en Maipú 590, se adhirió á la demanda de Guzmán y pidió se diera lugar á ella.

La Compañía La Francesa hizo presente que no la ligaba relación alguna con Riquelme y que con éste no tenía contrato alguno.

Duplicando el demandado alega: que mientras no se presente el certificado de haberse inscrito en Santiago el título hipotecario no está obligado á efectuar el pago; que el silencio á este respecto le hace presumir que él no existe, por lo que no habría hipoteca ni acreedor hipotecario y el seguro en estas condiciones, sería nulo con arreglo á lo dispuesto en el artículo 518 del Código de Comercio y en los artículos 1681 y 1682 del Código Civil; y que don Alfredo Guzmán al contratar el seguro sorprendió la buena fe de la Compañía y él consecuencia, adolece de dolo. Pide se declare rescindido el contrato á virtud de lo dispuesto en los artículos 1443, 1451, 1458 inciso 1.º y 1682 del Código Civil y 557 inciso 1.º del Código de Comercio y además que se le abonen las indemnizaciones á que tiene derecho conforme con los artículos 558 y 564 del mismo Código, las que serán avaluadas prudencialmente. Reitera y refuerza las alegaciones hechas en el escrito de contestación.

Pecibida la causa á prueba se rindió la que corre en autos.

Se citó para sentencia y el Juzgado falló el 3 de febrero de 1904:

Considerando:

1.º Que para la validez del contrato de seguro, es menester que concurra en el asegurado la circunstancia de tener un interés real en la conservación del bien asegurado;

2.º Que, si bien consta en autos que don Alfredo Guzmán es acreedor del dueño de la propiedad incendiada, este hecho por sí solo no basta para constituir ese interés real, pues de la misma escritura de cesión aparece que para garantir el pago de ese crédito hay constituido un gravamen hipotecario;

3.º Que el demandante no ha comprobado que sea acreedor hipotecario de la propiedad incendiada, calidad que se atribuyó al contratar el seguro;

4.º Que éste fué constituido por cuenta y en beneficio propios del demandante, por lo que otra persona no puede reclamar su cumplimiento.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 518 y 519 del Código de Comercio y 1698, 1683 y 11 del Código Civil, se declara: 1.º que no ha lugar á la demanda con costas; 2.º que queda rescindido el contrato de seguro á que se refiere esta sentencia, con indemnización de perjuicios.—*R. Ahumada.*

Apelada esta resolución,

Santiago, 29 de Noviembre de 1904.—Vis-

tos: Reproduciendo la relación de los hechos contenidos en la sentencia de primera instancia, el considerando 1.º y teniendo además presente:

1.º Que don Alfredo Guzmán ha acreditado por medio de la escritura de cesión ser acreedor de don Galvarino Riquelme, dueño de la propiedad hipotecada, y que basta este título para considerársele interesado en evitar los riesgos y con facultad suficiente para contratar el seguro;

2.º Que á mayor abundamiento, el certificado del cuaderno agregado manifiesta que á la fecha en que se contrató el seguro por el demandante se encontraba inscrito no sólo el mútuo hipotecario del deudor Riquelme a favor de doña Berta Lapaille v. de G. si no también la cesión que este hizo de su crédito á favor de Guzmán y por tanto, que éste en aquella fecha tenía la calidad de acreedor hipotecario con que figuró al contratar el seguro;

3.º Que de autos no consta cual sea el interés que tenga el mismo por efecto de la escritura de mútuo en la cual él no interviene, y de consiguiente carece de la calidad que lo habilita para contratar el seguro por la cantidad á que ella se refiere;

4.º Que la acción de rescisión del seguro sólo se interpuso por el demandado en su escrito de dúplica, y no habiéndose oído sobre ella en debida forma al demandante, no puede ser materia del fallo y debe ser reservada para otro juicio;

5º Que el demandante ha justificado por medio de declaraciones de los testigos que deponen que el valor de la propiedad hipotecada supera al de la suma asegurada, no habiéndose producido prueba alguna al respecto por el demandado que destruya aquella aseveración.

En virtud de estos fundamentos y visto lo dispuesto en los artículos 1698 del Código Civil, 512, 518, 532, 559 y 565 del Código de Comercio y 939 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de fecha 3 de febrero de 1904, y se declara: 1º que ha lugar á la demanda en cuanto la Compañía demandada debe satisfacer al demandante como indemnización por valor del siniestro la suma de $ 2,700 á que asciende el interés que tenía éste en el valor del seguro conforme á la escritura de cesión de 2 de setiembre de 1902, y 2º que no ha lugar al cobro de lo demás que en ella se pide. Se suspenden los efectos de la misma sentencia en cuanto declara que ha lugar á la rescisión del seguro, reservándose al demandado sus derechos, si los tuviere para que los haga valer en la forma que viere convenirle.

Redactada por el Ministro señor Larrain Zañartu.—*J. Alejo Fernández.—J. Bernales.—J. Ignacio Larrain Z.*

A solicitud de don Alfredo Guzmán, se dictó la siguiente sentencia aclaratoria:

Santiago, diciembre 17 de 1904. — Vistos: Teniendo presente que en la resolución se declaró que el demandante debía satisfacer ademandado la suma de $ 2,700 á que asciende el interés que tiene este último en el valor del seguro conforme á la escritura de cesión de 2 de setiembre de 1902; que al enunciar esta cantidad se padeció evidentemente un error, pues la escritura de cesión expresa claramente que el precio de ésta es de $ 2,750 é intereses y costas; y en consecuencia ordenándose el pago de lo que rezaba la predicha escritura debió determinarse como su monto lo que ésta expresaba.

Visto lo dispuesto en el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, ha lugar á lo pedido por don Alfredo Guzmán H. y en consecuencia que debe entenderse que lo mandado pagar por la sentencia de 29 de noviembre de 1904 es la suma de $ 2,350 é intereses y costas conforme á lo establecido en la escritura de 2 de setiembre de 1902.—*J. Alejo Fernández.—J. Bernales. —J. Ignacio Larrain Z.*

El representante de la Sociedad de Seguros "La Francesa" se presentó solicitando se rectificara un error de referencia y expone que el considerando segundo dice literalmente: "que á mayor abundamiento el certificado del cuaderno agregado manifiesta que á la fecha en que se contrató el seguro por el demandante se encontraba inscrito no sólo el mútuo hipotecario del deudor Riquelme á favor de doña Berta Lapaille v. de G., sino también la cesión que ésta hizo de su crédito á favor de Guzmán, y, por tanto, que éste en aquella fecha

tenía la calidad de acreedor hipotecario con que figuró al contratar el seguro".

El certificado que se cita, ó sea el acompañado al escrito del cuaderno agregado, es de fecha 23 de mayo de 1903, y en su parte final se inserta íntegra la anotación de la cesión hecha por doña Berta Lapaille á don Alfredo Guzmán, y esa anotación tiene fecha 11 de mayo de 1903, como aparece en el mismo certificado aludido.

Por consiguiente, la fecha de esta inscripción ó anotación no es anterior al 3 de septiembre de 1902, fecha del contrato de seguro celebrado entre Guzmán y "La Francesa", sino cerca de ocho meses posterior á ese contrato.

La escritura de cesión, tiene también el certificado de haberse anotado en el registro sólo el 11 de mayo de 1903.

Por esto pedía se rectificara el error de referencia mencionado, declarando que la verdadera fecha, según el mérito de autos de la anotación en el registro de hipotecas de la cesión hecha por la señora Lapaille á Guzmán es la de 11 de mayo de 1903 posterior al contrato de seguro de Guzmán con "La Francesa".

La Corte resolvió:

Santiago, 22 de mayo de 1905.—Vistos: Resolviendo el incidente introducido y teniendo presente que según consta de autos, la fecha de la inscripción de la escritura de cesión es posterior á la de la contratación del seguro, y que de consiguiente se incurrió en error al afirmar lo contrario en el considerando 2º de la sentencia, el cual, por lo demás, no altera los efectos de esa resolución, se declara que ha lugar á lo pedido, y en consecuencia, que debe entenderse que al contratarse el seguro no existía inscrita la escritura de cesión del crédito hecha por doña Berta Lapaille v. de Guevara á favor de don Alfredo Guzmán H.

Proveyendo el escrito, concédese el recurso interpuesto en dicho escrito y elévense los autos.—*J. Alejo Fernández.*—*J. Bernales.*—*J. Ignacio Larraín.*

La Compañía demandada ha interpuesto el recurso de casación en el fondo en contra de las referidas sentencias de la Corte de Apelaciones, expresando que han infringido el artículo 518 del Código de Comercio: 1º al dar lugar á la demanda de don Alfredo Guzmán, á pesar de que este señor no era acreedor hipotecario de don Galvarino Riquelme á la fecha del seguro contratado por el demandante; y 2º al declarar expresamente que basta el título de simple acreedor de don Galvarino Riquelme para considerar que don Alfredo Guzmán tiene el "interés en la conservación del objeto asegurado" exigido por la ley para la validez del contrato de seguro.

En el escrito de fundación del recurso agrega la parte recurrente que don Alfredo Guzmán no ha comprobado su calidad de acreedor hipotecario, y que sólo tiene el carácter de simple acreedor personal del dueño del predio asegurado.

El demandante al contestar el escrito, afirma que ha establecido en primera instancia que su crédito contra don Galvarino Riquelme era hipotecario, y que la Corte ha dado al artículo 518 del Código de Comercio su correcta aplicación.

Se ha oído el dictamen de un señor Ministro del Tribunal.

La Corte:

Considerando:

1º Que, por escritura de 2 de septiembre de 1902 doña Berta Lapaille v. de Guevara cedió á don Alfredo Guzmán H. el crédito hipotecario que tenía contra don Galvarino Riquelme, por el precio de $ 2.750 cantidad que el deudor aceptó como valor de la liquidación practicada entre las partes extrajudicialmente, de común acuerdo;

2º Que de la póliza aparece que don Alfredo Guzmán, como cesionario del referido crédito hipotecario, aseguró por su cuenta é interés propio la casa hipotecada en la Compañía de Seguros "La Francesa";

3º Que según lo dispuesto en el artículo 518 del Código de Comercio, pueden celebrar un seguro todas las personas hábiles para obligarse, y de parte del asegurado se requiere, además de la capacidad legal, que tenga, al tiempo del contrato, un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario,

arrendatario, acreedor ó administrador de bienes ajenos, *sea en cualquiera otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado*;

4º Que atendidos los términos del precepto anteriormente citado, y la calidad de acreedor de Riquelme que tenía Guzmán, á virtud de la cesión hecha por la escritura de 2 de septiembre de 1902, no puede negarse que este último tuvo al tiempo de pactar el seguro un interés real y efectivo en la conservación del objeto asegurado, en los términos exigidos por la ley;

5º Que no extinguiendo ese interés del acreedor la circunstancia de no haberse efectuado con anterioridad al seguro la inscripción del traspaso del crédito hipotecario en el respectivo Registro, ese hecho no ha podido viciar de nulidad al contrato celebrado con "La Francesa", pues la omisión de tal inscripción no quita al cesionario Guzmán su calidad de acreedor del dueño de la propiedad asegurada, y, en consecuencia, de interesado en la conservación de aquel predio;

6º Que, á mayor abundamiento, el asegurador no es parte en las cuestiones que pudieran ocurrir entre el cedente y el cesionario sobre quien es el dueño del derecho real de hipoteca, en caso de producirse por omisión ó retardo de la inscripción correspondiente; y

7º Que, en consecuencia, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente la disposición del artículo 518 del Código de Comercio, que se dice infringida.

Y visto lo dispuesto en los artículos 940, 948, 979 y 249 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar, con costas, al recurso de casación deducido contra la sentencia de 29 de noviembre de 1904.

Aplícase á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gallardo. *Leoncio Rodríguez.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Abel Saavedra. E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.*

Cas. civ.—4 de agosto de 1906

Delgado con Hernández

Testamento; nulidad.—Nombramiento de notario ad hoc.—Autorización de testamento.

DOCTRINA: — *Establecida la imposibilidad del notario titular para desempeñar sus funciones en su oficina ó fuera de ella, puede el juez de letras respectivo nombrar un reemplazante para mientras dure el impedimento.*

El secretario judicial nombrado reemplazante del notario titular puede autorizar válidamente un testamento como funcionario competente; y en consecuencia, debe rechazarse la acción de nulidad de testamento que se funda en esta circunstancia.

Don Pedro María y don Patricio Delgado, agricultores, residentes en la ciudad de La Unión, se presentan diciendo:

Que conforme á lo que anteriormente habían pedido se ha exhibido ya el testamento solemne cerrado que otorgó doña Angela Delgado ante el secretario judicial don Rafael Montecinos con fecha 6 de noviembre de 1901 y el decreto judicial con fecha 4 de octubre del año próximo pasado que lo nombró notario *ad-hoc*, notándose que el testamento fué otorgado muchos días después del nombramiento del notario y cuando no existían ya las causas que dieron origen á aquel nombramiento; que este testamento es nulo de nulidad absoluta; que, en consecuencia, entablan demandan para que, con audiencia del señor Promotor Fiscal y de los que se presuman herederos como ser doña Elisa Delgado, única hermana de la testadora, como lo son los demandantes, se declara que no debe abrirse el pliego cerrado que se ha presentado impropiamente como testamento y que es nu-

la la autorización contenida en la cubierta, nulo su contenido y que debe procederse á la partición de la sucesión de doña Angela Delgado conforme á las reglas de la sucesión intestada.

Fundando su demanda dicen: que el secretario judicial á pesar del nombramiento de notario *ad hoc* contenido en aquel decreto no ha sido funcionario competente para autorizar dicho testamento, porque el artículo 1021 del Código Civil dispone que el testamento cerrado debe celebrarse ante escribano ó en su defecto, ante el juez de primera instancia; que el secretario Montecinos no tenía el cargo de escribano ni el de juez, por consiguiente, su autorización ha sido nula; que no hay ley alguna que autorice el nombramiento de notario *ad hoc*, por los jueces; que el notario del pueblo estaba sano el día en que se otorgó el testamento; que dicho notario aunque estuvo enfermo en los días anteriores al otorgamiento del testamento, esta enfermedad no le hizo desatender el servicio público, pues siguió actuando en su oficina; que, por consiguiente, no es el caso contemplado en el artículo 365 de la Ley Orgánica de Tribunales; que aun en el caso en que el notario hubiera estado imposibilitado para desempeñar su cargo debió reemplazarlo el juez de primera instancia, el cual no tenía imposibilidad alguna para hacerlo; que la testadora fué á la secretaría del juzgado á entregar el escrito, así es que muy bien pudo ir á la notaría para hacer su testamento; que el testamento no ha podido ser firmado por la testadora porque estaba enferma y porque estaba físicamente impedida de hacer uso de sus manos; que en virtud de las razones anteriores debe declararse que el testamento de doña Angela Delgado es nulo y que debe procederse á la repartición de los bienes según las reglas de la sucesión intestada.

Doña Elisa Delgado viuda de Rodas, sin profesión ni oficio y domiciliada en la ciudad de La Unión, se hace parte y dice que se adhiere en todas sus partes al escrito de demanda que han presentado sus hermanos pidiendo la declaración de nulidad del testamento que se dice otorgado por su hermana doña Angela Delgado.

Contestando la demanda don Juan Bautista Hernández, agricultor, por su mujer doña Elisa Montecinos, sin profesión ni oficio, ambos residentes en la subdelegación de San Javier del departamento de La Unión, dice: que los fundamentos en que se basa la demanda son dos: 1º que el testamento ha sido otorgado por un notario *ad hoc*, y 2º que la testadora no podía firmar por tener imposibilidad física; que estando mal de salud la señora Delgado mandó varias veces á buscar al notario para otorgar su testamento y éste no quiso ir; que entonces la señora Delgado pidió al Juzgado que se nombrara un notario *ad hoc* para que autorizara su testamento; que el escrito en que se hizo esta petición fué firmado ante el secretario del Juzgado llamado al efecto á casa de la señora Delgado; que el Juzgado en vista del informe del notario en propiedad, en el cual dice éste que está enfermo en cama y que no puede salir á actuar fuera de su oficina sin saber cuando podía sanar, por auto de 4 de noviembre nombró notario *ad hoc* al secretario judicial señor Rafael Montecinos; que este auto fué protocolizado en la notaría al siguiente día; que el día 6 el testamento se otorgó con todas las formalidades legales.

Entrando á rebatir los fundamentos de la demanda, dice: que el Juez de primera instancia no puede autorizar un testamento en virtud de lo que dispone el artículo 1021 del Código Civil, pues este artículo en esa parte está derogado por la Ley Orgánica de Tribunales, que señaló expresamente las atribuciones de los jueces y en su artículo final deroga todas las leyes anteriores que se refieren al mismo asunto que ella, aun las que tratan de la confección de instrumentos públicos y deberes de los ministros de fe en todo lo que le sean contrarios; que la Ley Orgánica en su artículo 366 impone á los notarios la obligación de extender los instrumentos públicos con arreglo á las leyes conforme á las instrucciones que les dieren las partes; que esta obligación rige tanto para los instrumentos que se otorgan en la oficina de la notaría como en los que se otorgan fuera; que está obligado el notario, según los jurisconsultos que han comentado el artículo antes citado, á prestar

sus servicios fuera de su oficina cuando estos se soliciten con urgencia, salvo el caso que se encuentre imposibilitado físicamente ó se trate de actos ilícitos ó de otorgantes incapaces; que cuando se le llamó para otorgar el testamento de que se trata, el notario alegó imposibilidad física para salir de su casa y así lo informó al Juzgado; que, según el artículo 365 de la Ley Orgánica, el Juez de Letras debe nombrar reemplazante al notario cuando éste se encuentre imposibilitado para ejercer sus funciones; que en el caso de que se trata se desatendía el servicio público; ya que el notario se declaraba imposibilitado para ir á casa de la señora Delgado á autorizar el testamento; que por consiguiente, el Juez ha podido legalmente nombrar un notario *ad hoc* para autorizar dicho testamento, nombramiento que recayó en el secretario del Juzgado que es ministro de fe. Rebatiendo el segundo fundamento de la demanda dice: que es verdad que la señora Delgado no podía escribir de corrido por estar enferma; pero que podía perfectamente firmar y leer con perfecta corrección, hecho que probará suficientemente en el curso del juicio.

En consecuencia pide que no se dé lugar á la demanda, con costas y que se declare que debe procederse á la apertura y publicación del testamento de doña Angela Delgado.

En el escrito de réplica dicen los demandantes que el notario en propiedad estuvo imposibilitado para salir de su casa el día 4 de noviembre, pero que al día siguiente había cesado la imposibilidad; que no hay ninguna ley que autorice al juez para nombrar notarios *ad hoc* para un asunto determinado, sino solo reemplazante del notario propietario cuando éste estuviere imposibilitado para ejercer sus funciones; que el notario propietario no estaba ya imposibilitado para salir de su oficina cuando se autorizó el testamento por el notario *ad hoc*; que los notarios propietarios no están por ninguna ley obligados á actuar fuera de sus oficinas; que además el testamento es nulo porque carece de signo en virtud de lo que dispone el número 6 del artículo 1022 del Código Civil; que en caso que el notario hubiera estado imposibilitado para autorizar el testamento de que se trata debió haberlo autorizado el juez y no un notario *ad hoc;* que el precepto del Código Civil que esto dispone no está derogado por la Ley Orgánica.

En la dúplica don Juan Bautista Hernández dice: que no es efectivo que el notario propietario estuviera ya en estado de salir á la calle el día en que se autorizó el testamento de la señora Delgado; pues el día 5 de noviembre entre cuatro y cinco de la tarde fué el señor secretario del Juzgado á la notaría y el notario protocolizó el decreto en que se nombraba notario *ad hoc* sin hacer objeción alguna; que el hecho de que el testamento no lleve el signo del notario propietario no es de ningún modo causal de nulidad como lo sostienen los demandantes.

Se recibió la causa á prueba y se rindió la documental y testimonial que corre en autos.

Con los alegatos de las partes se citó para sentencia.

El Juzgado de Valdivia falló el 3 de setiembre de 1903:

Considerando:

1º Que según consta del informe dado por el notario de la Unión don Pedro J. Díaz Alvarez con fecha 4 de noviembre de 1901, éste se hallaba imposibilitado para desempeñar sus funciones fuera de su oficina, imposibilidad que subsistía el día 6 del mismo mes de noviembre según lo que certifica el señor secretario del Juzgado;

2º Que consta además esta imposibilidad por las declaraciones de los testigos;

3º Que esta imposibilidad es causa bastante para considerar desatendido el servicio público, pues los notarios están obligados á prestar sus servicios fuera de su oficina cuando ellos sean reclamados con urgencia;

4º Que, por consiguiente, el juez obraba dentro de sus atribuciones al nombrar un reemplazante para este caso;

5º Que el hecho de que el notario propietario haya desempeñado sus funciones de tal en su oficina otorgando escrituras el día 6 de noviembre no significa que hubiera cesado la imposibilidad para actuar fuera de su oficina, pues ese mismo día según las declaraciones citadas en el considerando segundo, expresó

hallarse imposibilitado para hacer tales actuaciones;

6º Que el hecho de que el notario al autorizar el testamento no empleara el signo que usa el notario en propiedad, no puede ser causal de nulidad, puesto que dicho signo es para el uso personal de dicho notario;

7º Que consta de autos que el notario especialmente nombrado para el caso usó un signo, que es el que acostumbra usar actuando en su carácter de secretario del juzgado;

8º Que aun cuando aparece en autos que en varias ocasiones doña Angela Delgado v. de Corvalán no firmó por imposibilidad física instrumentos públicos otorgados con anterioridad al testamento, no está comprobado que está imposibilidad fuera permanente;

9º Que por el contrario, con la prueba testimonial rendida por el demandado se comprueba que ordinariamente doña Angela Delgado firmaba de su puño y letra aunque con alguna dificultad;

10. Que la solicitud se halla firmada por doña Angela Delgado ante el secretario del Juzgado, lo que prueba que ha podido también estampar su firma en la cubierta del testamento.

En virtud de estas consideraciones y teniendo presente lo que disponen los artículos 1021 del Código Civil, 365, 366 número 1º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y 151 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que no ha lugar á la demanda, con costas, en que se condena á los demandantes, y que, en consecuencia, debe procederse á la apertura y publicación del testamento de doña Angela Delgado v. de Corvalán en la forma legal.

Apelada esta resolucion:

Concepción, 17 de junio de 1905.—Se confirma, con costas del recurso, la sentencia de 3 de septiembre de 1903.—*Juan N. Parga.—Exequiel Figueroa.—R. Navarro Ocampo.—Alfredo Novoa.*

Contra esta sentencia interpusieron los demandantes el recurso de casación en el fondo, y en el escrito de fundación del recurso exponen: en 4 de noviembre de 1901, doña Angela Delgado solicitó y obtuvo del Juzgado de la Unión se nombrase un notario *ad hoc* para otorgar el testamento que no podía autorizar el notario don Pedro J. Díaz Alvarez, quien estaba enfermo; el día 6 del mismo mes se otorgó el testamento de doña Angela Delgado, el cual fué autorizado por el notario *ad hoc* señor Montecinos; tratándose de la apertura del testamento, los demandantes han pedido se declare nulo, sosteniendo entre otras causales de hecho:

Que no son válidos ni en el nombramiento de notario *ad hoc* hecho por el Juez letrado de Unión, ni los actos en que dicho funcionario haya intervenido;

Que la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia, ha infringido los artículos 1021, 1023 y 1026 del Código Civil, y los artículos 365 y 366 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. Según esas disposiciones, en el otorgamiento de un testamento cerrado debe, precisa y necesariamente intervenir, un escribano y termina el acto por la firma del testador y de los testigos y por la del escribano sobre la cubierta. En el presente caso no ha intervenido notario alguno, pues no puede darse carácter de tal á don Rafael Montecinos, nombrado al efecto por el Juez, por cuanto este nombramiento adolece de un vicio de nulidad que lo hace absolutamente ineficaz;

Que, como no había llegado el caso de dar cumplimiento á lo dispuesto en el artículo 365 de la Ley Orgánica de Tribunales, por no estar inhabilitado el notario titular señor Díaz Alvarez para el ejercicio de sus funciones, es clara la nulidad del nombramiento del señor Montecinos y son nulos los actos en que éste ha intervenido;

Que aun suponiendo la concurencia de las dos circunstancias requeridas por la citada disposición legal para autorizar el reemplazo de un notario, el nombramiento hecho por el Juez de La Unión es abiertamente ilegal, porque ni aquella regla ni ninguna otra autorizan el nombramiento de notario *ad hoc*, sino el de un reemplazante, es decir, de una persona llamada á relevar de sus funciones al propietario, desempeñándolas mientras dure el impedimento; y

Que en cuanto al uso del signo previsto por

la ley, el señor Montecinos en ningún caso ha podido usar el sello de la secretaría del Juzgado, sello que no corresponde á las funciones que se hallaba desempeñando; y si subrogaba al notario titular ha debido usar el sello de dicho notario, el único cuyo uso está autorizado en los actos de la notaría de La Unión.

La parte recurrida, contestando el escrito de fundación del recurso, expresa: el juicio se reduce á determinar si el Juez Letrado de la Unión, estuvo ó nó facultado para nombrar un notario *ad hoc* á fin de autorizar el testamento de la señora Delgado; ese nombramiento fué hecho legalmente y por causas justificadas, según consta de antecedentes acreditados en autos, relativos de un modo especial, á la imposibilidad física de la testadora para concurrir á la oficina del notario titular, y á la enfermedad de éste que no le permitía comparecer al domicilio de la señora Delgado el día del otorgamiento del testamento.

La Corte:

Considerando:

1º Que la acción de nulidad del testamento de doña Angela Delgado se funda en no haber sido autorizado por el notario de Unión don Pedro J. Díaz Alvarez, sino por el secretario judicial don Rafael Montecinos, nombrado notario *ad hoc* por el Juzgado, á solicitud de la testadora;

2º Que hallándose establecida en autos la circunstancia de estar imposibilitado, por enfermedad, el notario titular don Pedro J. Díaz Alvarez para comparecer á su oficina ó al domicilio de la señora Delgado en los días anteriores al otorgamiento del testamento y en los siguientes, el Juez de Letras respectivo procedió legalmente á designar reemplazante al notario mientras duró el impedimento, con arreglo al artículo 365 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales:

3º Que el secretario del Juzgado de Unión don Rafael Montecinos, nombrado reemplazante del notario titular, pudo autorizar, como competente funcionario, el testamento otorgado por doña Angela Delgado, careciendo así de base legal la demanda de nulidad;

4º Que, en consecuencia, el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción no ha sido pronunciado con infracción de los preceptos legales citados por los recurrentes.

Y visto lo dispuesto en los artículos 940, 960 y 971 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la referida sentencia de 17 de junio de 1905.

Por gozar la parte recurrente del privilegio de pobreza, queda exenta del pago de la multa y de las costas.

Redactada por el señor Ministro Gallardo. —*Leoncio Rodríguez.—Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Cárlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—J. Alejo Fernández.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—9 de noviembre de 1906

Lazo con Vila

Casación en la forma. — Comunidad; liquidación. —Nombramiento de árbitros. —Defectos de tramitación.

DOCTRINA:—*Resultando acreditado en los autos que lo cedido por un comunero á otra persona fueron sus derechos hereditarios y no los bienes raíces que eran materia de la comunidad, debe entenderse ésta subsistente; y en consecuencia, no procede la oposición al nombramiento de árbitro para liquidarla.*

Para proceder al nombramiento de partidor que liquide una comunidad se requiere como requisito indispensable la conformidad, voluntaria ú obligada, de los presuntos comuneros en la existencia de la comunidad, debiendo resolverse previamente, y con los trámites del juicio civil ordinario, la cuestión suscitada

por uno de los pretendidos comuneros que alega su dominio exclusivo sobre los bienes; y es nula la sentencia que falla dicha cuestión sin sujetarse á esa tramitación.

Doña Domitila Lazo, rentista, domiciliada en la calle Maturana número 491 de esta ciudad, dice que es cesionaria de los derechos que correspondian á doña Petronila Moya en las sucesiones de los padres ésta, don Juan Moya y doña Cayetana Peña, según consta en la escritura pública. Entre los bienes que comprende esa sucesión se cuentan tres sitios ubicados en San Bernardo, bajo los deslindes que se detallan en el citado escrito, que en una partición verificada en el año de 1881 entre los hijos del primero y segundo matrimonio de don Juan Moya, se adjudicaron en común á los Moya Peña, á cuyo número pertenece también su cedente doña Petronila Moya.

Sin embargo en el protocolo del notario de San Bernardo correspondiente al año 1885 aparece una escritura en virtud de la cual don Lorenzo Moya vendió á don Bernardino Vila, como representante de sus menores hijos don Cirilo y don Angel Vila, los derechos que le corresponden en la sucesión de don Juan Moya, y los compradores han hecho la inscripción, no sólo de esos derechos, sino también de los tres sitios que se habían adjudicado en la partición ya mencionada á los Moya Peña. Los mismos Vila han vendido posteriormente una parte de esos sitios á don Arturo Rojas Iriarte.

En esa virtud pide comparendo á fin de nombrar partidor que liquide la comunidad que según la escritura de 1881 quedó formada entre los Moya Peña en las propiedades que ahí mismo se indican.

Don Cirilo Vila Magallanes agente de comercio domiciliado en Santiago, calle de Santo Domingo número 1120, se opone al comparendo pedido por la señora Lazo y dice: que hace ya más de veinte años que está en posesión, en unión con su hermano Angel Vila, de los sitios á que se refiere la señora Lazo, con título inscrito desde el año 1885. El que presenta doña Domitila Lazo es ineficaz pues su cedente jamás ha estado en posesión de parte alguna de esos sitios, ni á la fecha en que se verificó esa cesión era la señora Moya dueña de aquel terreno, razón por la cual la cesionaria Lazo no puede inscribir el contrato en el Conservador de Bienes Raices.

Por el contrario, el título del pareciente fué inscrito con deslindes determinados en el año de 1885, sin oposición de ningún copartícipe.

Por su parte don Angel Vila Magallanes, empleado público, domiciliado en esta ciudad, calle del Cerro número 334, sostiene que de conformidad á lo dispuesto en el artículo 177 de la ley de 15 de octubre de 1875, debe desecharse la petición de doña Domitila Lazo, porque el carácter de comunera que se atribuye la peticionaria no está reconocido por antecedente alguno; sólo después de ventilada en juicio ordinario la acción que se ha deducido y establecido el derecho de aquella, sería procedente el nombramiento de compromisario.

Entre tanto no se le podría obligar á discutir su derecho ante un árbitro, suprimiendo la garantía que le otorga el artículo 177 de la ley ya citada, ya que no está dispuesta á someter á arbitraje el dominio que tiene sobre la propiedad de que se trata.

Notificado don Arturo Rojas Iriarte de la providencia recaída en la solicitud de doña Domitila Lazo, no ha comparecido.

Por la providencia se nombró procurador común de todos los demandados á don Cirilo Vila.

El Juzgado de San Bernardo, el 20 de diciembre de 1905, en rebeldía del demandante, y teniendo presente que las partes no estaban de acuerdo en cuanto á la existencia de la comunidad para cuya división se trataba de nombrar compromisario, negó lugar á lo solicitado por doña Domitila Lazo, reservando los derechos que cada cual tenga para entablar las acciones correspondientes ante la justicia ordinaria.

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones falló el 18 de julio de 1906:

Teniendo presente:

1º Que según consta en la escritura pública lo adquirido por don Bernardino Vila para sus menores hijos don Angel y don Cirilo Vila Magallanes no fué el dominio de los sitios que son objeto de la cuestión, sino los derechos hereditarios que correspondían á don Lorenzo Moya en las sucesiones de los padres de éste por derecho propio ó por compra ó cesión de sus co-herederos ó por transacciones, circunstancia de que da testimonio la misma inscripción de dicha escritura verificada en el año 1885 en el Registro del Conservador de San Bernardo, invocada por los demandados, en la cual se expresa que los derechos vendidos son los que corresponden á Moya en unos sitios ubicados en la calle de Arturo Prat i calle de Pérez de esa ciudad bajo los deslindes que en dicha inscripción se detallaron;

2º Que como lo manifiestan los certificados y escrituras públicas, estas últimas exhibidas por los mismos Vila Magallanes, los derechos enajenados por don Lorenzo Moya proceden de la adjudicación que de los sitios de que se trata se le hizo al mencionado Moya en común con sus coherederos Moya Peña en una partición verificada en el año 1881, para dividir las sucesiones de don Juan Moya, quien fué casado en primeras nupcias con doña Cayetana Peña y en segunda con doña Trinidad Saavedra;

3º Que según lo acreditan los dos certificados de que se ha hecho referencia, en la partición practicada en el año de 1881 figuró también doña Petronila Moya como adjudicataria de los tres sitios de que ya se ha hecho mención en comunidad con sus coherederos Moya y Peña;

4º Que los recibos presentados en esta instancia, firmado el primero por don Lorenzo Moya y el segundo por Marcelo Zinali á ruego de doña Petronila Moya, no han sido reconocidos por las personas que aparecen suscribiéndolos y además son de fecha anterior á la partición verificada en 1881, por lo que carecen de todo mérito legal para comprobar que la espresada doña Petronila Moya recibió en dinero su cuota hereditaria;

5º Que de los antecedentes relacionados en los considerandos anteriores resulta claramente establecido que aun subsiste la comunidad procedente de la adjudicación que de los sitios en cuestión se hizo en 1881 á los hijos de don Juan Moya y de doña Cayetana Peña, entre doña Domitila Lazo como cesionaria de los derechos de doña Petronila Moya por una parte, y por la otra las personas á quienes don Lorenzo Moya vendió sus derechos y los que había adquirido de sus coherederos, en virtud de la escritura de 7 de marzo de 1885.

Por estos fundamentos y visto además lo dispuesto en el artículo 1371 del Código Civil y 176 de la ley de 15 de octubre de 1875 se revoca la resolución apelada de fecha 20 de diciembre del año último y se declara en consecuencia que ha lugar á lo solicitado por doña Domitila Lazo en lo principal del escrito.

Redactada por el señor Ministro Bernales. *J. Bernales. — Darío Benavente. — José T. Marín.*

Contra esta sentencia dedujo don Anjel Vila Magallanes los recursos de casación en el fondo y en la forma, aduciendo para la aceptación de este último las siguientes causales:

1.º Que el tribunal sentenciador con sólo las peticiones de comparendo y sus impugnaciones, sin la discusión amplia del juicio ordinario, faltando á todos sus trámites ó mejor dicho omitiéndolos en absoluto, examinó los títulos, discurrió sobre la validez de estos, resolvió que no eran eficaces los títulos de mi parte y sí los de la contraria, que esta era condueña con aquella, que había, por tanto, comunidad, y que por lo mismo se debía proceder á la constitución del juicio arbitral.

De esta manera, agrega el recurrente, la Corte de Apelaciones ha fallado con manifiesta incompetencia, causal de casación en la forma establecida en el número 1.º del artículo 491 del Código de Procedimiento Civil; pues ha resuelto en una sola instancia sobre el dominio de los terrenos de la litis, cuestión de juicio ordinario que ha debido ser fallada en dos instancias;

2.º Que la sentencia recurrida ha sido dada *ultra petita* por el hecho de haberse pronun-

ciado sobre el dominio, no obstante de que dicha cuestión no le había sido legalmente sometida, causal de casación prevista en el número 4.º del artículo más arriba citado; y

3.º Que la predicha sentencia se dictó faltando á todos los trámites del juicio civil ordinario y sin haber oído á la parte recurrente; pues se ha omitido en la secuela del asunto el traslado de la demanda, el emplazamiento de las partes, el recibimiento de la causa á prueba, la citación para sentencia definitiva y la expresión de agravios y su respuesta, causales de casación en la forma establecida en los números 1.º, 2.º y 6.º del artículo 966 y números 1.º, 2.º, 5.º y 6.º del artículo 970 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Considerando:

1.º Que la gestión iniciada en estos autos por doña Domitila Lazo no ha tenido otro objeto que el de proceder al nombramiento de un compromisario partidor que liquidara la comunidad que en los terrenos materia de la controversia había quedado formada entre la causante de la peticionaria y el de don Cirilo y don Angel Vila, ó sea entre los hermanos Moya y Peña; petición que para ser aceptada por la justicia ordinaria exigía como requisito previo indispensable la conformidad, voluntaria ú obligada, de los presuntos comuneros en la existencia actual y efectiva de la predicha comunidad;

2.º Que lejos de estar de acuerdo los interesados sobre ese punto sustancial de la litis, aparece de los antecedentes que los hermanos Vila pretendían ser los dueños efectivos del sitio ó sitios de cuya partición se trata, y niegan por tanto á la solicitante la condición de comunera que se atribuye;

3.º Que la pretensión de los hermanos Vila al dominio exclusivo de los bienes sobre los cuales alega derechos de comunera doña Domitila Lazo importa una cuestión de lato conocimiento que debe debatirse con todos los trámites del juicio, civil ordinario, sin que mientras tanto pueda constituirse el juicio divisorio de los mismos bienes; y

4.º Que la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia de que se recurre, ha declarado sin forma de juicio ó sea sin sugetarse á la tramitación común ordinaria señalada por la ley para esta clase de asuntos, el derecho de doña Domitila Lazo á una parte de los bienes antes mencionados, incurriendo así en los vicios que se enumeran en el tercer capítulo del recurso y virtualmente también en los que se alegan en los capítulos 1.º y 2.º del mismo recurso.

Visto además lo dispuesto en el artículo 1339 del Código Civil, artículos 939, 941 número 9, 966, 970, 979 y 978 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de forma interpuesto, y en consecuencia se invalida la resolución pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 18 de julio último y se repone el proceso al estado de dictar el fallo que en derecho procede por el tribunal competente. Devuélvase á la parte la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren. —*Leoncio Rodríguez.* — *J. Gabriel Palma Guzmán.*—*E. Fóster Recabarren.*—*L. Vial Ugarte.*

———

Cas. en la forma.—15 de septiembre de 1906

Municipalidad de Lolol con Mujica

Querella.—Ultra-petita

DOCTRINA:—*No falla "ultra petita" la sentencia dictada en una querella, que se limita en su parte resolutiva á no dar lugar lisa y llanamente "al interdicto promovido".*

———

En el interdicto promovido por la Municipalidad de Lolol y otros contra don Críspulo Mujica, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, revocando el fallo de primera instancia, declaró, en sentencia de 17 de julio de 1906, sin lugar la acción posesoria instaurada.

La parte querellante ha interpuesto contra dicha sentencia los recursos de casación en la forma y en el fondo, y formalizando el primero sostiene que, según se desprende de los considerandos de la sentencia, especialmente de los signados con los números 7º y 8º, la Corte ha fallado una acción distinta de la deducida en la querella y se ha pronunciado sobre una cuestión no sometida á la decisión del Tribunal. La acción entablada es la que contemplan los arts. 944 del Código Civil y 736 del de Procedimiento Civil y la Corte falla la que concede los artículos 936 del Código Civil y 733 del de Procedimiento citado. El Tribunal sentenciador, al afirmar que el querellado Mujica, en su calidad de riberano del cauce por donde corren las aguas á que se refiere el pleito, tiene derecho para usar de ellas, ha acogido una excepción no alegada por aquel, que sólo funda su defensa en la merced de dichas aguas, concedida en agosto de 1888 por el gobernador de Vichuquén. En concepto del recurrente, la sentencia adolece de los vicios señalados en los números 4º y 5º del artículo 941 y 193 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Considerando que la Corte, al resolver la querella, se ha limitado en la parte resolutiva de la sentencia de que se recurre á no dar lugar, lisa y llanamente, "al interdicto promovido en lo principal del escrito", y por lo tanto, no ha otorgado otra cosa que lo que fué materia de la lítis ó extendido el fallo á puntos no sometidos á la decisión del Tribunal. Visto lo dispuesto en los artículos 193, 941, números 4º y 5º, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha el presente recurso de casación, con costas. Aplíquese á beneficio fiscal la cantidad consignada. Pásense los autos al Tribunal Pleno. Redactada por el señor Ministro Gallardo.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre.—J. Bernales.*

———

Cas. en la forma.—10 de noviembre de 1906

Saavedra Bénard y Cª con Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso

Admisibilidad del recurso de casación; sentencia interlocutoria; sentencia definitiva. — Nombramiento de árbitros; oposición; tramitación. —Casación de oficio.

DOCTRINA:—*Tiene el carácter de definitiva la sentencia que resuelve sobre el sometimiento á compromiso de las cuestiones suscitadas con motivo del cumplimiento de un contrato, habiéndose impugnado por una de las partes el valor de la cláusula en que se establecía el arbitraje; y en consecuencia, procede en su contra el recurso de casación en el fondo.*

La cuestión promovida con motivo de la oposición al nombramiento de los árbitros á que se refiere el contrato para que resuelvan las dificultades producidas, es una cuestión de lato conocimiento que debe tramitarse en la forma ordinaria y con audiencia de todas las personas que son partes directas.

———

En cumplimiento de una de las cláusulas del contrato celebrado el 27 de mayo de 1882 entre la Municipalidad de Valparaíso y la Compañía del Ferrocarril Urbano de la misma ciudad, esta última vendió á la primera por

escritura pública de 1º de mayo de 1903 celebrada ante el notario don Tomás Ríos González, la empresa de acarreo ó transporte denominada "Empresa del Ferrocarril Urbano de Valparaíso", por el precio y condiciones que en la misma escritura se especifican.

En una de las cláusulas de la citada escritura se dejó testimonio de que la Compañía vendedora había hecho entrega á la Municipalidad, en conformidad á un inventario suscrito por las partes, de la Empresa de que había sido objeto de la compra-venta, poniéndola á su disposición por medio del referido inventario.

Acto seguido y mediante la misma escritura de 1º de Mayo de 1903, la Municipalidad vendió á su vez á la Casa de Saavedra Bénard i Cª la empresa que acababa de adquirir, y don Luis Bénard, que concurrió á la celebración de este contrato en representación de dicha casa, dejó estampada en la escritura la protesta de hacer valer oportunamente en contra de la Municipalidad ó de quienes corresponda, las acciones que competan á Saavedra Bénard y Cª por cualquier omisión que notaren en el cumplimiento extricto de las estipulaciones contenidas en el contrato de 27 de mayo de 1882, á que antes se ha hecho referencia, particularmente en lo referente á la entrega total y completa del activo y existencia de la empresa vendida.

Con esta protesta que la Municipalidad ó sea su representante, declaró reproducir en todas sus partes para los efectos legales, Saavedra, Bénard y Cª se dieron por recibidos de la Empresa, agregándose al contrato la siguiente cláusula:

"Para la resolución de los reclamos de cualquiera especie que tengan que formular la Ilustre Municipalidad y los señores Saavedra Bénard y Cª se nombrarán árbitros en conformidad al contrato vigente; y quince días fatales después de adoptado el cargo por los árbitros la Ilustre Municipalidad ó los señores Saavedra, Bénard y Cª presentarán sus reclamaciones, que en el mismo término contestará la Compañía del Ferrocarril Urbano. El acuerdo relativo á la constitución del arbitraje y los plazos, deberá ser sometido á la aprobación de la Ilustre Municipalidad".

Meses más tarde de celebrado el contrato que antecede, don Luis Bénard por Saavedra Bénard y Cª se pre sentó ante uno de los juzgados de letras de Valparaíso, y después de manifestar que en la entrega del activo de la empresa del Ferrocarril Urbano de Valparaíso no se habían comprendido todos los bienes que le pertenecían, pidió que de acuerdo con lo estipulado en la escritura de 1º de mayo, se le citara á comparendo en unión con la Municipalidad y el directorio de la empresa arriba mencionada, para que todos juntos procedieran á nombrar los árbitros que debían resolver las reclamaciones que oportunamente deduciría.

El Juzgado resolvió:

Valparaíso, 17 de octubre de 1903.—En lo principal como se pide, y se designa para el comparendo el 2 del entrante á las 2 de la tarde. En el primer otrosí, traslado y autos, y hágase entre tanto como se solicita. En el segundo téngase presente".

Notificadas de esa providencia las partes, los directores de la compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso que suscriben el escrito no aceptaron la citación á comparendo y pidieron que se dejara sin efecto el decreto que tal cosa disponía, por considerar que con él se lesionaban los legítimos derechos de la compañía que representaban.

Al efecto sostuvieron:

1º Que la escritura de 1º de Mayo de 1903 contenía dos contratos distintos é independientes, celebrado el uno entre la Compañia del Ferrocarril Urbano y la Municipalidad de Valparaíso, y entre la misma Municipalidad y la casa de Saavedra Bénard y Cª el otro; sin que la circunstancia de simple economía y de simultaneidad de tiempo que tal hecho significaba pudiera en ningún modo establecer una trinidad de contratantes, que en realidad no había existido; que la Compañía del Ferrocarril Urbano había contratado sólo con la Municipalidad y ningún lazo jurídico la ligaba con Saavedra Bénard y Cª;

2º Que, siendo ello así, no podía la casa de Saavedra Bénard y Cª, ejercitar por sí misma ninguno de los derechos que pudiera competir á los otros contratantes en el respectivo pac-

to, ya que era y había sido una entidad estraña en dicho convenio;

3º Que el arbitraje á que se alude en la escritura de 1º de mayo de 1903 es el establecido en el contrato de 27 de mayo de 1882 en el cual ninguna intervención le cupo á Saavedra Bénard y Cª, los que tampoco podrían intervenir ahora, no sólo por la circunstancia dicha, sino porque según ese convenio, el número de árbitros debe ser de dos, nombrados uno por cada parte, lo que excluye la concurrencia de una tercera entidad;

4º Que, entre la Municipalidad y la Compañía no se han suscitado ni existen cuestiones de ningún género que puedan ser sometidas á arbitraje, á lo que se agrega que faltaría todavía la aprobación que á la constitución de esa jurisdicción especial debía prestar la misma Municipalidad cuando el evento se produjera; y

5º Que, los hechos que invoca Saavedra Bénard y Cª para justificar su petición de comparendo, sólo afectan ó pueden decir relación con la Municipalidad; pero no con la Compañía, la que no puede ser citada á juicio sino por legítimo contradictor.

Provocada en los términos relacionados una disidencia jurídica que miraba al fondo de algunas de las cláusulas del contrato, acerca de cuya interpretación las partes estaban en absoluta disconformidad, continuó no obstante, tramitándose la gestión pendiente en forma meramente incidental y sin oir á la Municipalidad de Valparaíso, parte principal en el asunto, hasta que por resolución de 12 de Noviembre de 1903 se desechó la oposición y se concedió la apelación subsidiariamente interpuesta por la Compañía.

La Corte de Apelaciones falló:

Valparaíso, marzo 24 de 1904.—Se confirma la resolución apelada de 17 de octubre último, con declaración de que deberá hacerse constar la aprobación por parte de la Municipalidad del acuerdo relativo á arbitraje y plazos de que se trata al final de la escritura, antes de la celebración del comparendo decretado.

Y teniendo en cuenta el mérito de los antecedentes se revoca el auto apelado de 12 de noviembre próximo pasado, y se declara que ha lugar á la petición formulada en el primer otrosí del escrito.

Acordadas estas resoluciones contra el voto del señor Bezanilla Silva, quién estuvo porque se revocara la de 17 de octubre, dándose lugar á lo pedido en el escrito por parte de la Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso, y se confirmara la de 12 de noviembre, todo á virtud de lo que consignen en el libro respectivo.—*Pedro N. Pineda.—Braulio Moreno.—Luis Ignacio Silva.—A. Bezanilla.*

Contra esta sentencia dedujo la Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso recurso de casación en el fondo, pero el Tribunal sentenciador lo declaró inadmisible por la siguiente resolución:

Valparaíso, 22 de abril de 1904.—Vistos: Teniendo presente:

1º Que la resolución contra la cual se ha formalizado el recurso de casación es de carácter interlocutorio por su naturaleza y

2º Que la indicada resolución no pone término al juicio que debe ser materia del arbitraje ni hace imposible su continuación.

Con arreglo á lo dispuesto en el artículo 953 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisible el recurso. Acordada por unanimidad en cuanto el recurso se refiere á la segunda parte de la resolución de este Tribunal y en cuanto á la primera parte de la misma, contra el voto del señor Ministro Bezanilla Silva, quien estimando que dicha resolución pone término á la instancia promovida por parte de la Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso, resolviendo la cuestión ó asunto que ha sido objeto de ella, cualquiera que, por lo demás, sea la ritualidad observada en su tramitación, estuvo porque se concediera el recurso de casación en el fondo deducido y se ordenara elevar los autos con emplazamiento de las partes.—*Pedro N. Pineda.—Braulio Moreno.—Luis Ignacio Silva.*

La Compañía recurrió entonces ante la Corte Suprema, apelando de ese fallo, y con tal motivo se dictó por este Tribunal la siguiente resolución:

Santiago, 16 de junio de 1905.—Vistos: Teniendo presente que la resolución de 24 de marzo de 1904 tiene carácter de definitiva

en cuanto resuelve sobre el sometimiento á compromiso de las cuestiones provocadas por Saavedra Bénard y Cª, pues se pronuncia acerca de una de las estipulaciones del contrato impugnada en su validez por la Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso; visto lo prevenido en el artículo 939 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de 22 de abril del año último, y se declara admisible el recurso de casación en el fondo formalizado.—*V. Aguirre V.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Leoncio Rodríguez.—Cárlos Varas.—E. Fóster Recabarren.*

Y conociendo del recurso,

La Corte:

Considerando:

1º Que convertida en cuestión de lato conocimiento la cuestión iniciada por Saavedra Bénard y Cª en virtud de la naturaleza y del alcance de la oposición formulada por la Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso, ha debido sometérsela en su juzgamiento á la tramitación que para tales asuntos consulta el Código de Procedimiento Civil;

2º Que siendo parte directa en este negocio la Municipalidad de Valparaíso ha debido ser oida en todas las instancias del juicio, formalidad que tampoco se ha cumplido; y

3º Que las omisiones ó defectos apuntados en los considerandos anteriores vician de nulidad el procedimiento, nulidad que esta Corte puede declarar de oficio, aún cuando no haya sido reclamada por las partes, en virtud de la atribución que para ello confiere el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil.

Visto además lo prevenido en los artículos 966, 970, 941 número 9º y 979 del citado Código se invalida la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 24 de marzo de 1904, y se suspenden los efectos de todo lo obrado en el juicio, el cual se repondrá al estado de fs. 12, á fin de que sea tramitado y fallado con arreglo á derecho por los tribunales correspondientes.

Devuélvase á la parte recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren. — *Leoncio Rodríguez.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Cárlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—J. Alejo Fernández.*

Cas. en la forma.—2 de noviembre de 1906

Montes de Oca con Echenevucia

Casación de oficio. — Ultra-petita. — Confesión; indivisibilidad. — Mutuo. —Novacion.

DOCTRINA:—*El mérito de una confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante.*

Debe aceptarse en todas sus partes la declaración del ejecutante por una cantidad dada en mutuo, que confiesa no haber entregado esa cantidad al ejecutado, pero agrega que éste se sustituyó en la deuda de otra persona.

Esta sustitución importa una novación, sin que se desvirtúe la obligación del ejecutado por el hecho de que se dijera en el contrato que era de mutuo; y sin que pueda, en consecuencia, declararse nulo este contrato por no haberse entregado la cantidad.

Falla ultra-petita la sentencia de segunda instancia que da lugar á dicha ejecución, fundándose, no en la circunstancia de haber contraído el ejecutado una obligación mutuaria, sino en la novación que importa la referida sustitución y que deduce sólo de la confesión del ejecutante, siendo que ni en la escritura de mutuo ni en la demanda se hace mención de ella, por lo cual no pudo ser

materia de juicio ni se tomó en cuenta en el fallo de primera instancia.

———

Por la escritura pública de fecha 9 de febrero de 1905, doña Elvira Echenevucia se constituyó deudora de don Benjamín Montes de Oca por la suma de $ 600 que de éste había recibido á mutuo en dinero efectivo á su entera satisfacción, por el plazo de cuatro meses y el interés del 10% anual.

En virtud de ese documento y habiendo trascurrido el plazo en él estipulado, presentó don Benjamín Montes de Oca demanda ejecutiva para que la señora Echenevucia le pague la suma recibida por ella en mutuo, con intereses y costas. Requerida la deudora de pago, opuso las excepciones 6ª, 14 y 4ª del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil.

Funda las dos primeras en que es absolutamente falso que don Benjamín Montes de Oca le haya dado en mutuo la cantidad $ 600 ni otra alguna. Luego el título no sólo es falso sino también nulo, por falta de causa, ya que de ella carece la obligación de pagarle la cantidad que indica el contrato, con arreglo al artículo 1445 y siguientes del Código Civil.

En cuanto á la otra excepción opuesta, el libelo de demanda es inepto porque le falta el requisito que indica el número 4º del artículo 251 del Código de Procedimiento Civil, pues aun cuando en él se hace la exposición de los hechos, no sucede lo mismo con los fundamentos de derecho en que debe apoyarse; no se cita disposición legal alguna que le sirva de base.

Para comprobar sus excepciones, presentó la ejecutada en la misma fecha en que las opuso el pliego de posiciones para que fueran absueltas por el ejecutante, en la primera de las cuales se le pregunta á éste: "Diga como es cierto que jamás el absolvente me entregó la cantidad de $ 600 que expresa la escritura de mutuo con que apareja su demanda ejecutiva y que no me ha entregado ni siquiera un solo centavo". El ejecutante contesta á esta pregunta: "Que no le ha entregado dinero á la señora Echenevucia; que nada debía al absolvente; pero ella le hizo el pago de cierta cantidad que á él le adeudaba un sobrino del absolvente, y al efecto se otorgó la escritura de mutuo título de la presente ejecución".

Con posterioridad á la absolución de posiciones indicadas, pidió el ejecutante que se desecharan las excepciones opuestas, porque la de falsedad del título no es legal y está contradicha con el documento mismo que sirve de base á la ejecución, suscrito por la ejecutada y cuya autenticidad no puede negar. Por lo demás, la fasedad fundada en haberse infringido el título 2º del libro IV del Código Civil es oscura, vaga é inaceptable por indeterminada.

Es inexacto que la obligación carezca de causa, pues ella está expresada en el mismo documento, cuyo mérito legal no puede ser destruido por prueba alguna.

Por último, la excepción de ineptitud del libelo es inadmisible, puesto que para solicitar el mandamiento de embargo no ha necesitado citar disposición alguna fundamental de derecho, sino presentar el título que debía servir de base á la ejecución.

El Juzgado falló:

Considerando:

1º Que, como como aparece de la escritura de mutuo otorgada en esta ciudad el 3 de febrero de este año, ante el notario don Cárlos R. Abalos, doña Elvira Echenevucia se constituyó deudora de don Benjamín Montes de Oca por la suma de $ 600 que de este señor ha recibido á mutuo en dinero efectivo, á su entera satisfacción, por el plazo de cuatro meses al interés de 10% anual;

2º Que la mencionada señora Echenevucia sostiene no haber recibido del señor Montes de Oca la suma indicada, y éste ha confesado que no la ha entregado;

3º Que si bien el señor Montes de Oca agrega entonces que la obligación de la señora Echenevucia fué originada por haber tomado ella á su cargo el pago de una deuda ajena, esta circunstancia no está acreditada, y se halla también contradicho con lo relacionado en la citada escritura;

4º Que esta escritura no puede ser atacada de falsedad, ya que su autenticidad no se des-

conoce por la ejecutada, ni ha determinado ni mucho menos establecido vicios que la produzcan;

5º Que, siendo obligación del mutuante entregar al mutuario la cantidad de cosas fungibles, objeto del contrato, y no perfeccionándose éste sino por la tradición, la falta de entrega acarrea su nulidad; y

6º Que en la demanda se expresan suficientemente los fundamentos de derecho, porque no es indispensable al efecto las citas legales.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 167, 485, 486, 487 y 492 del Código de Procedimiento Civil y 1445, 1467, 1698, 2196 y 2197 del Código Civil, se declara sin lugar las excepciones de falsedad del título y falta de ciertos requisitos ó ineptitud del libelo, y que ha lugar á la de nulidad de la obligación.

En consecuencia, se revoca la ejecución, con costas, en que se condena al ejecutante.—*Arturo Ayala.*

Apelada esta resolución,

Santiago, 19 de mayo de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y

Considerando;

1º Que según la confesión prestada por don Benjamín Montes de Oca al tenor de las posiciones, un sobrino suyo le debía por documento privado la suma de $ 920, la cual hasta concurrencia de $ 900 le fué pagada por doña Elvira Echenevucia con $ 300 que ésta depositó á la orden de Montes de Oca en el Banco Alemán Trasatlántico y con los $ 600 á que se refiere la escritura con que se ha promovido el presente juicio;

2º Que estando á esa confesión, la referida deuda de $ 900 se extinguió en $ 300 por pago en dinero efectivo y los $ 600 restantes por novación, que consistió en sustituirse al sobrino de Montes de Oca doña Elvira Echenevucia como deudora de esta suma por la escritura de 9 de febrero de 1905, quedando por este medio el primero libre de esta parte de la deuda;

3º Que el mérito de la confesión, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 391 del Código de Procedimiento Civil, no puede dividirse en perjuicio del confesante; y que ninguno de los casos de excepción consignados en el mismo artículo es aplicable al actual;

4º Que la circunstancia de que en la escritura se dijo que el contrato es de mutuo no desvirtúa la obligación que como deudora sustituta contrajo la ejecutada á favor del ejecutante, ni priva al título del mérito ejecutivo que legalmente le corresponde; y

5º Que la excepción alegada de que el contrato carece de causa, es completamente destituída de fundamento, ya que no es presumible que doña Elvira Echenevucia sin motivo alguno firmara la recordada escritura y depositara en un Banco á la orden de Montes de Oca la cantidad de que antes se ha hecho mención, mientras que la explicación dada por éste al respecto es natural y verosímil.

Eliminando la cita de los artículos 2196 y 2197 del Código Civil de la sentencia de 7 de julio de 1905, y teniendo además presente el artículo citado del Código de Procedimiento Civil y el 1631 del Código Civil, se revoca en la parte apelada dicha sentencia, y se declara que no ha lugar tampoco á la excepción de nulidad de la obligación, y que debe seguirse adelante en la ejecución y que se condena en costas á la ejecutada.

Redactada por el señor Ministro Donoso Vildósola.—*L. R. Mora.—E. Donoso V.—Darío Benavente.*

Contra esta sentencia ha deducido la ejecutada doña Elvira Echenevucia recurso de casación en el fondo y formalizándolo dice: el fallo de que se trata ha infringido el artículo 1628 del Código Civil, según el que "la novación es la sustitución de una nueva obligación á otra anterior la cual queda extinguida"; luego para que pueda establecerse la novación es necesario que á lo menos conste en el proceso la obligación anterior que se dice novada. No existe aquí título alguno que acredite esa obligación anterior y el Tribunal no ha podido declarar que el mutuo que firmó la recurrente novaba una obligación anterior, sin conocerla. Corrobora lo expuesto la disposición del artículo 1630 del mismo Código, que también se ha infringido, según el cual para que la novación exista es necesario que la obligación primitiva sea válida, naturalmente á lo menos, lo que el Tri-

bunal no ha podido saber, porque en autos no corre el instrumento de la primitiva obligación; y aun suponiendo que tal instrumento existiera, se ignora si el que contrajo la obligación era capaz de contratar, si había objeto ó causa ilícita en esa obligación y hasta si ésta tenía una causa real, en una palabra, si la obligación era válida naturalmente á lo menos.

Se han violado asimismo los artículos 1631 y 1633 del Código Civil, porque no ha sido oido ni se sabe si existe el deudor primitivo y porque se ignora si la obligación anterior pende ó no de una condición suspensiva, ya que no se conocen sus términos y su tenor literal.

El fallo de que se recurre infringe también el artículo 1634 del Código citado. Según este precepto, para que haya novación es indispensables que las partes lo declaren expresamente ó que aparezca indudablemente la intención de novar, lo que no se manifiesta de modo alguno en la escritura que ha servido de base á la ejecución. En ese instrumento sólo aparece que la recurrente se constituyó deudora por causa de mutuo; y ni se habla siquiera del sobrino de su acreedor ni de ninguna otra persona.

Tampoco se expresó en la escritura que quedaba libre el deudor primitivo, por lo cual, al establecer el Tribunal la novación, ha infringido el artículo 1635 del Código Civil.

Establece la sentencia de la Corte que la confesión calificada que hizo el ejecutante absolviendo posiciones no puede dividirse en perjuicio del confesante, porque no es aplicable á ella ninguna de las excepciones del artículo 391 del Código de Procedimiento Civil; y al allar así se ha violado dicha disposición, porque la confesión del ejecutante cae bajo la excepción del número 1º, ya que ella comprende hechos enteramente desligados entre sí, como son, que el sobrino se hubiera constituido deudor del tío y que la recurrente se constituyera con posterioridad deudora de ese tío, actos enteramente desligados y que pueden subsistir independiente uno de otro.

Se han violado asimismo las disposiciones de los artículos 2196, 2197, 2199, 2303 y 2206 del Código Civil relativas al mutuo, como también la del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, extendiendo la sentencia á puntos que no han sido sometidos expresamente á juicio por los litigantes.

Respondiendo la parte recurrida al escrito de fundación del recurso, sostiene que la novación no es un contrato como el de mutuo que pueda hacer variar la naturaleza de la obligación principal y cambiar la causa de pedir, lo que se deduce claramente del artículo 1629 del Código Civil en relación para el caso de que se trata con el 1635 del mismo Código. De estas disposiciones se desprende que existe causa de pedir, que no puede ser otra que la obligación misma que motiva el contrato, ó sea el mutuo.

Al sostener el Tribunal de Alzada que el contrato de mutuo no desvirtúa la obligación, está en la verdad, y aún en la suposición de que se hubiera equivocado en los razonamientos que sirven de base al fallo, la resolución misma está ajustada á derecho, que es á lo que debe atenerse el Tribunal de Casación para apreciar la sentencia recurrida. La Corte de Apelaciones ha resuelto, pues, en conformidad á lo discutido por las partes en el juicio, fundándose en consideraciones diversas de las que sirvieron al juez de primera instancia, pero que no cambian la razón del pleito, ya que el fallo mantiene las peticiones que motivaron el mandamiento de embargo, sin declarar que el juicio debía continuarse por una razón distinta de la de mutuo. No existe, por consiguiente, fallo *ultra petita*. La Corte no ha dado más de lo pedido, se ha concretado á reconocer los derechos del ejecutante, conforme á lo estipulado en el mutuo.

La Corte:

Considerando:

1º Que la sentencia del tribunal de primera instancia acojió la excepción de nulidad de la obligación mutuaria contenida en la escritura pública que ha servido de título á la ejecución mandando en consecuencia alzar el embargo, por haber confesado el ejecutante, al absolver las posiciones, la efectividad del hecho aseverado por la ejecutada, de no haberle entregado aquél la suma de $ 600 á que se refiere la escritura expresada, lo que, según el fa-

llo de que se trata, basta para establecer la ineficacia de la obligación atendida la naturaleza del contrato, el que se perfecciona sólo por la tradición de la cosa que es objeto del mutuo;

2º Que el Tribunal de Alzada revocó la sentencia que acaba de indicarse, fundándose no en la circunstancia de haber contraído la ejecutada una obligación mutuaria, sino en el hecho de haberse sustituído un tercero en el pago de lo que éste debía al ejecutante, operándose así una novación de la obligación primitiva de ese tercero por la que contrajo la señora Echenevucia según la escritura, novación que deduce y establece el Tribunal de Alzada de los términos de la confesión prestada por Montes de Oca, la cual debe calificarse como indivisible en concepto de ese tribunal;

3º Que ni en la escritura pública que sirvió de título á la ejecución ni en la demanda de Montes de Oca se hace siquiera alusión al hecho de que procede la deuda de la señora Echenevucia, de haberse sustituido en el pago de una deuda ajena, pues la escritura sólo da testimonio de haber recibido aquélla la suma de $ 600 en mutuo que se obliga á devolver á su acreedor dentro de cierto plazo, y en la demanda se persigue determinadamente el pago de esa obligación mutuaria sin hacer mención del hecho expresado; y por consiguiente, la novación que da por establecida el Tribunal con la confesión del ejecutante no ha podido ser discutida en el juicio y la ejecutada no se ha hallado en situación legal de hacer valer sobre ella sus excepciones ó medios de defensa ni, pudo tampoco tomarse en consideración por la misma razón en el fallo de primera instancia;

4º Que el único motivo determinante del fallo de segunda instancia es la novación, cuya existencia establece y decide el Tribunal al fundar el fallo aludido, de modo que en su concepto la ejecutada debe la suma que se le cobra por haberse sustituido en el pago de una deuda ajena, y en consecuencia la declaración de existir la novación forma un elemento integrante de la parte resolutiva, de la cual la declaración expresada no podría desligarse sin alterar sustancialmente el sentido del fallo;

5º Que atendido lo expuesto en los anteriores considerandos, la sentencia recurrida se ha extendido á puntos no sometidos á la decisión del Tribunal y ha incurrido por consiguiente en el vicio de casación previsto en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Por estos fundamentos, ejerciendo de oficio el Tribunal la facultad que le otorga el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil y visto además lo dispuesto en los artículos 959 y 979 del mismo Código, se invalida la sentencia de fecha 19 de marzo de 1905, y se repone el proceso en el estado de pronunciarse por el Tribunal que corresponda nuevo fallo.

Devuélvase á la parte recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Bernales. —*J. Gabriel Palma Guzmán.—Gabriel Gaete.* —*V. Aguirre V.—Cárlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—Miguel L. Valdés.—J. Bernales.*

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. en la forma.—31 de diciembre de 1906

Victoria Aguirre v. de Bascuñán y otros con Fisco

Salitreras; número de pertenencias; estacamentos.—Bienes de la sociedad conyugal.—Ultra-petita.

DOCTRINA:—*Las concesiones salitreras hechas á uno de los cónyuges entran á formar parte del haber de la sociedad conyugal y no del patrimonio del cónyuge denunciante.*

En consecuencia, reconociéndose á un peticionario derecho á dos pertenencias, en conformidad al artículo 26 del Código de Minería de 1874, no puede concederse á su cónyuge una tercera.

El inciso 2º del artículo 6º del Reglamento de 28 de julio de 1877, que establece que cada estacamento no puede tener sino una pertenencia, no debe prevalecer sobre la disposición del inciso 2º del artículo 26 del Código de Minería de 1874.

No habiéndose negado por el Fisco en el juicio sobre mensura de salitreras el derecho para hacer peticiones ni la legalidad y efectividad de los títulos, falla ultra-petita la sentencia que no da lugar á la mensura de una pertenencia fundada en haberse concedido ya otras dos al cónyuge del peticionario.

Doña Victoria Aguirre v. de Bascuñán por sí y por su pupila doña Julia Bascuñán Aguirre, doña Virginia, doña Rosa y doña Victoria Bascuñán Aguirre, en el libelo de demanda dicen que componen las sucesiones de don Francisco Bascuñán Alvarez.

Según documentos que acompañan, el ci-

tado don Francisco Bascuñán Alvarez obtuvo una pertenencia descubridora sobre yacimiento de salitre en la provincia de Antofagasta, territorio de Aguas Blancas, bajo el nombre de Unión, y otra descubridora bajo el nombre de Carmela.

Además, una de las exponentes, doña Victoria Aguirre v. de Bascuñán obtuvo una estaca en el mismo territorio.

Acompañan al propio tiempo los títulos de estacas obtenidos por don Manuel 2º Jofré, don Moisés Velasco y don Rodolfo Soria Galvarro, quiénes cedieron sus derechos á don Francisco Bascuñán Alvarez.

En conclusión, solicitan se proceda á la mensura de las pertenencias mencionadas que hacen un total de catorce, por el ingeniero fiscal de salitreras. Por decreto de 13 de agosto de 1902, se dispuso tener esta solicitud por demanda ordinaria contra el Fisco.

El Director del Tesoro contesta á la demanda y reconviene á su turno.

Hace notar que la parte demandante se ha desistido de la demanda en lo relativo á los pedimentos de don Manuel 2º Jofré, don Moisés Velasco y don Rodolfo Soria; de manera que la petición de la demanda queda circunscrita á los pedimentos de Bascuñán Alvarez, á razón de tres pertenencias por cada uno.

En el supuesto que debiera darse lugar á la mensura no podría mandarse mensurar sino cuatro pertenencias, pues los denuncios de Bascuñán no deben considerarse como descubrimientos.

En efecto, Aguas Blancas fué descubierto en 1872, y en esa fecha se mensuraron las pertenencias de los descubridores.

Además, los pedimentos de que se trata importan solo una concesión de esploración por un término de seis meses. Dentro de este término debieron practicarse los trabajos determinados por el Reglamento, y en seguida debió pedirse un nuevo término de otros seis meses para practicar la mensura. Nada de esto se hizo.

La prescripción de la acción es otra de las excepciones que opone el exponente, fundado en el plazo transcurrido desde el día en que debió solicitarse la mensura.

Por fin, para el caso de desecharse estas excepciones, reconviene á fin de que se declaren despobladas las pertenencias.

Concluye pidiendo se deseche la demanda y se acepte la reconvención.

En el escrito de réplica, el procurador de la parte demandante observa que al minero que no cumple con los requisitos exigidos por la ley, se le puede denunciar su pertenencia por un tercero, pero no da mérito para que el Fisco recupere lo que ha cedido por una ley.

En el escrito de dúplica el representante fiscal, entre otras observaciones, hace presente que el Reglamento de 1877 hizo obligatoria la exploración previa de las pertenencias en forma seria y eficaz, y pena la omisión con la pérdida de la concesión de exploración si los trabajos efectuados para poner de manifiesto la potencia é importancia del criadero no daban idea del depósito á juicio del ingeniero, y no obtenía el descubridor un plazo de tres meses para ejecutar los trabajos exigidos por el ingeniero.

Se recibió la causa á prueba y se oyó al señor Promotor Fiscal.

Uno de los juzgados de Santiago falló el 20 de septiembre de 1905.

Considerando:

1º Que los pedimentos de pertenencias salitreras á que se refiere la demanda, fueron concedidos y registrados hallándose vigentes el Código de Minería de 18 de noviembre de 1874 y el Supremo Decreto de 28 de julio de 1877;

2º Que el Código de Minería vigente en la actualidad reserva al Estado la explotación de nitratos y sales amoniacales análogas que se encuentran en terrenos del Estado ó de las municipalidades, con excepción de los depósitos sobre los cuales se hubiere constituido propiedad minera con anterioridad;

3º Que en este caso de excepción se encuentran los pedimentos de que se trata, como quiera que se registraron de conformidad con las disposiciones del Código de Minería de 1874 y las del Reglamento de 1877 ya citados;

4º Que dicho Código disponía, en efecto, que las sustancias de que se trata serían de

explotación común para los particulares, sin perjuicio del derecho del Estado ó de las municipalidades para concederlas á los particulares de conformidad con los reglamentos que se dictaren;

5º Que el Reglamento de 28 de julio de 1877 ya referido dispuso que el registro, posesión y propiedad de los depósitos de salitre se regirían por el Código de Minas en cuanto no fuere modificado por dicho Reglamento;

6º Que habiendo sido registrados los pedimentos á que hace referencia la demanda, los concesionarios adquirieron la posesión originaria de las pertenencias, quedando desde el registro sugetas á las prescripciones que rigen la propiedad inscrita;

7º Que si bien el Reglamento citado, artículo 4º inciso 2º, tenía prescrito un plazo para proceder á la mensura de la pertenencia registrada, esta prescripción no estaba sancionada con la caducidad de la concesión de la misma, la cual se perdía por medio del despueble;

8º Que hoy día el sistema del despueble ha sido reemplazado por la declaración de terreno franco; y no consta de autos que tal declaración hubiera sido pronunciada;

9º Que habiendo sido registrados con calidad de descubrimiento los pedimentos hechos por don Francisco Bascuñán Alvarez con el nombre de Unión y Carmela, corresponden á los demandantes tres pertenencias por cada uno de dichos pedimentos, sin perjuicio del derecho de los particulares á quienes pudiera perjudicar la concesión para pedir que se la deje sin efecto en todo ó en parte;

10. Que la reconvención por la cual se pide se declare en despueble las pertenencias en favor del Fisco, no es procedente, como quiera que no es un medio de perder la propiedad minera reconocido por la ley vigente;

11. Que tampoco es precedente la excepción de prescripción alegada por el demandado, como quiera que la acción que se dice prescrita no es correlativa de alguna de las obligaciones que se rigen por el Código Civil, para extinguir las cuales tiene este Código instituida la prescripción; y

12. Que según aparece del libelo, los demandantes se desistieron de la demanda en cuanto á los pedimentos de don Manuel Jofré, don Moisés Velasco y don Rodolfo Soria, de quienes se decían cesionarios.

Con arreglo á lo prescrito por el Código Civil, artículos 4º y 1698; por el Código de Minería de 1874 artículos 3, 35, 38 y 149; por el de 1888, artículos 81, 83 y 134; y por el Código de Procedimiento Civil, artículo 167, se declara que ha lugar á la demanda en cuanto por ella se pide la mensura de tres pertenencias por cada uno de los pedimentos de descubrimiento Union y Carmela concedidos á don Francisco Bascuñán Alvarez y á la de una pertenencia por cada uno de los dos pedimentos de estacados concedidos á doña Victoria Aguirre, v. de Bascuñán, pedimentos todos á que se refieren los documentos de estos autos.

No ha lugar á la reconvención, ni á la excepción de prescripción, ni á las demás peticiones de las partes.—*Moisés Lazo de la Vega.*

Apelada esta resolución,

Santiago, 26 de octubre de 1906.—Vistos:

Teniendo presente:

1º Que de lo informado en esta instancia por el Delegado Fiscal de Salitreras aparece que la pertenencia número 253 ha sido ya mensurada como estaca de la descubridora Florencia;

2º Que el mismo informe da testimonio de que la pertenencia número 261 se encontraba á menos de 5 kilómetros de otras concedidas con anterioridad, y que en consecuencia no puede considerarse como descubridora, á virtud de lo dispuesto en el artículo 26 del Código de Minería de 1874;

3º Que cualquiera que sea la condición legal que se atribuya á las pertenencias salitreras, es de toda evidencia que las concesiones hechas á uno de los cónyuges entran á formar parte del haber de la sociedad conyugal y no del patrimonio del cónyuge denunciante, á virtud de lo dispuesto en los artículos 1725 número 5º y 1730 del Código Civil;

4º Que, dados los términos del artículo 26 del Código de Minería citado, habiéndose ya mensurado como simple estaca la pertenencia número 253, según queda dicho en el considerando 1º, ha podido concederse á doña

Victoria Aguirre v. de Bascuñán la pertenencia número 257;

5º Que con el mérito de lo expuesto en el considerando 2º de este fallo, don Francisco Aguirre sólo tendría derecho á dos pertenencias á virtud del pedimento número 261, no procediendo en consecuencia conceder á su mujer doña Victoria Aguirre de Bascuñán una tercera, en vista de lo preceptuado en la disposición legal citada en el considerando que precede;

6º Que aunque el inciso 2º del artículo 6º del reglamento de 28 de julio de 1877 expresa que en el caso del inciso 1º del mismo artículo cada uno de los estacamentos no puede tener sino una pertenencia, cualquiera que sea el alcance que quiera darse á tal disposición, tendría que estar subordinada al precepto expreso y terminante del inciso 2º del artículo 26 ya citado del Código de Minería de 1874, ya que en esa parte el precepto de la ley debe prevalecer sobre el reglamento, por cuanto éste, atendidos los términos del artículo 3º de aquél, no habría podido innovar en orden al número de pertenencias de que era materia cada concesión.

Con el mérito de estas consideraciones, se confirma la sentencia apelada de 20 de septiembre del año pasado, con declaración:

1º De que no ha lugar á la mensura de las pertenencias números 253 y 266; y

2º Que sólo ha lugar á la mensura de dos pertenencias á virtud del pedimento número 261.

El señor Ministro Barriga, aceptando los considerandos 1º y 3º y la primera declaración de esta sentencia, fué de opinión que se diera lugar á la mensura de una sola pertenencia respecto del pedimento número 261 y que se desechase también la demanda en cuanto á la pertenencia número 252.

Consigna los fundamentos de su opinión en el Libro de votos.—*Luis Barriga.—J. A. Rojas.—R. Reyes Solar.*

Contra esta sentencia la parte demandante ha interpuesto recurso de casación en la forma y en el fondo, y formalizando el primero alega que aquella adolece de los defectos apuntados en los números 4º y 7º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

La sentencia ha sido dada *ultra-petita*, porque se ha extendido á puntos no sometidos á la decisión del tribunal.

Doña Victoria Aguirre v. de Bascuñán y los hijos de don Francisco Bascuñán y Alvarez solicitaron la mensura y demarcación de las pertenencias salitreras cuyos títulos de dominio se acompañan, demanda que fué resistida por el Fisco con las excepciones contenidas en el escrito de contestación y reforzadas en la dúplica.

En ninguna parte el demandado negó á doña Victoria Aguirre de Bascuñán el derecho de hacer peticiones salitreras, ó desconoció la legalidad y efectividad de los títulos que, tanto ella como los hijos del indicado Bascuñán y Alvarez, presentaron en el juicio.

La sentencia asienta en el considerando 3º que, cualquiera que sea la condición legal que se atribuya a las pertenencias salitreras, es de toda evidencia que las concesiones hechas á uno de los cónyuges entran á formar parte del haber de la sociedad conyugal y no del patrimonio del cónyuge denunciante en virtud de lo dispuesto en los articulos 1725 número 5º i 1730 del Código Civil, y en la parte dispositiva fundándose en esa consideración, niega lugar á la mensura de la pertenencia número 266 y sólo concede mensurar dos pertenencias con el título número 261.

Esta resolución importa negar el dominio que á la parte recurrente otorgan los títulos con que aparejó su demanda de mensura, lo cual se ha declarado por la Corte sin haber sido alegado por las partes ni sometido al conocimiento del Tribunal, incurriendo así en el vicio de *ultra-petita*.

La sentencia además contiene decisiones contradictorias é imposibles de cumplir en la práctica.

Según la ley, las pertenencias salitreras son consideradas ya como descubridora ó ya como estacas.

Las estacas exceden á la descubridora, y la Corte manda mensurar una descubridora como dos pertenencias ó sea como dos estacas, mensura que no puede llevarse á efecto si no existe ninguna descubridora á que accedan.

La sentencia también se ocupa de la pertenencia número 252 que no es materia del plei-

to, y en el considerando 5º se refiere á don Francisco Aguirre, que no es parte, ni tiene representación alguna en el proceso ni se ha litigado con él.

Observa, por último, el recurrente que la Corte ha aceptado como parte en la causa al Delegado Fiscal de Salitreras pidiéndole diversas informaciones y producido alegaciones inconducentes.

La Corte:

Considerando:

1º Que la causal de *ultra-petita* se hace consistir en el hecho de que en ninguna parte del juicio se ha negado por el Fisco á la señora Aguirre v. de Bascuñán el derecho para hacer peticiones salitreras, ni se le ha desconocido la legalidad y efectividad de los títulos que han presentado en este juicio tanto ella como los hijos del señor Bascuñán Alvarez, pues en la contestación á la demanda y en la dúplica se han alegado otras excepciones que no tienen ninguna relación con el derecho de dicha señora para adquirir minas durante la existencia del matrimonio; y

Que esto no obstante, la Corte de Apelaciones ha fallado este punto en el sentido de negar el derecho de que se trata, como aparece de la parte resolutiva de la sentencia recurrida y del considerando 3º, que textualmente dice: "que cualquiera que sea la condición legal que se atribuya á las pertenencias salitreras, es de toda evidencia que las concesiones hechas á uno de los cónyuges entran á formar parte del haber de la sociedad conyugal y no del patrimonio del cónyuge denunciante, á virtud de lo dispuesto en los artículos 1725 número 5º y 1730 del Código Civil";

2º Que, efectivamente, en orden á esta causal, la Corte ha resuelto un punto que no ha sido debatido ni siquiera insinuado por las partes en el curso de la causa, siendo que no se trata de una cuestión que haya podido ser fallada de oficio por disposición expresa de la ley, lo que constituye la causal de casación en la forma mencionada en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil; y

3º Que invalidada la sentencia por esta causal, es inoficioso pronunciarse acerca de las otras que también se alegan.

Vistos además los artículos 941, 959 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la expresada sentencia de 26 de octubre último y se repone el proceso en el estado de pronunciarse sentencia de segunda instancia por el Tribunal que corresponda. Devuélvase al recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete—V. Aguirre V.—Cárlos Varas.*

Cas. en la forma, 31 de agosto 1904 y Cas. civ. 26 de noviembre de 1906

Mery con Miranda

Suspensión del procedimiento; fallecimiento de una de las partes.—Parte agraviada.—Asignación testamentaria.—Usufructo.—Institución de heredero del remanente.

DOCTRINA:—*El procedimiento sólo se suspende por el fallecimiento de una de las partes que obre por sí misma en el juicio, y no por el de la que está representada por un procurador, cuyo mandato subsiste después de la muerte del mandante.*

Sólo la parte agraviada puede reclamar de los vicios en que ha incurrido la sentencia.

Son herederos del remanente aquellos á quienes el tratador deja bienes determinados y además todo lo que se reconozca por suyo; y por consiguiente tienen acción para reclamar la entrega de bienes pertenecientes al testador y de que éste no dispuso espresamente.

La asignación testamentaria por la

vida del asignatario, ó sea hasta un día cierto é indeterminado, como es el de la muerte de una persona, importa la constitución de un usufructo.

———

Se presentó don José Victor Mery con el testamento de don Feliciano del Portillo y con la partida de defunción del testador, demandando á don Juan y á don Pedro Pablo Miranda, como herederos de don Lorenzo Miranda, para que le devuelvan un terreno que el finado don Lorenzo tenía en usufructo por vida, y del cual son nudos propietarios el demandante y los demás coherederos de don Feliciano del Portillo.

Dice que por la claúsula 13 del testamento acompañado dicho señor instituyó por sus herederos al compareciente, á su madre doña Mercedes del Portillo y sus hermanos don Calletano y don José del Rosario Mery. Que por la claúsula octava de su testamento, Portillo legó á Lorenzo Miranda un terreno, parte en dominio y parte en usufructo, como se desprende del tenor de esa cláusula que dice que deja á Miranda una parte del terreno, delimitándolo, para que goce perpetuamente, y continúa: para abajo hasta su posesión, para que viva "hasta después de sus días", lo que manifiesta claramente que desde el límite que indica para arriba, lega el dominio, y para abajo hasta la posesión de Miranda, el usufructo, por cuya razón los herederos del usufructario que actualmente poseen el predio fructuario están obligados á entregarlo á él y sus coherederos. Pide que se ordene á Juan y Pedro Pablo Miranda, herederos de Lorenzo, que hagan la entrega inmediata del terreno y que devuelvan los frutos producidos desde la terminación del usufructo, con los perjuicios causados, y costas.

Los demás coherederos Mery aceptaron lo obrado adhiriéndose á la demanda.

La cláusula del testamento de Feliciano del Portillo á que se refiere la demanda dice: Item declaro que "de dichos terrenos le dejo una parte de tierra á Lorenzo Miranda, es decir, del camino que baja del cerro para el río donde tiene el dicho una puerta de golpe hasta un pedazo de pirca que hay donde estrecha la barranca, desde la orilla del río hasta la cima del cerro, para que goce perpetuamente, para bajo hasta su posesión que sirva hasta después de sus días, lo que le dejo para él es para que viva y goce como legítimo dueño con la precisa condición de que me mande decir dos misas, etc."

Contestan los demandados, diciendo: que el legado deferido á su padre fué, según las textuales palabras del testador: "para que viva y goce como legítimo dueño". Que esta frase es tan clara que no caben para ella comentarios. Lo que el testador dejó fué la propiedad y no el usufructo.

Por otra parte, según el artículo 766 del Código Civil, para que el usufructo exista es indispensable que en la asignación testamentaria se exprese esta calidad, y que se designe la persona del nudo propietario, lo que no ha sucedido en el caso *sub judice*. Piden, además, que se tome en cuenta la posesión por más de cuarenta años que alegan, y solicitan que se niegue lugar á la demanda, con costas.

Replicando, dicen los demandantes que la disposición testamentaria de Portillo es clara: desde la pirca vieja para arriba se lega el dominio á Lorenzo Miranda, para abajo simplemente el usufructo. Terminado el usufructo, la cosa fructuaria debe volver á falta del dueño á sus sucesores que son los demandantes.

En rebeldía de los demandados se recibió la causa á prueba, rindiéndose la que corre en autos.

Los demandados tacharon á todos los testigos de los demandantes por ser inquilinos suyos, y por tener interés en el pleito, pues les han ofrecido arrendarle á bajo precio el terreno en cuestión.

Se citó para sentencia.

El Juzgado de la Serena falló el 15 de febrero de 1904.

Considerando respecto de las tachas, que no han sido comprobadas, se las desecha.

Considerando respecto de la cuestión principal:

1º Que por la cláusula 8ª de su testamento don Feliciano del Portillo deja un terreno á Lorenzo Miranda, dividiéndolo en dos por

ciones, una para que lo goce perpetuamente, y otra para que lo tenga durante sus días.

2º Que aunque para la segunda parte del terreno el testador no dice que el legado es de usufructo, siendo hecha la asignación á día, y siendo el día el cierto é indetermidado de la muerte del asignatario, debe estimarse que el legado es de usufructo, conforme con la disposicion del artículo 1087 del Código Civil;

3º Que es indudable que al decir el testador "lo que dejo para él es para que viva y goce como legítimo dueño", no se refiere al legado de usufructo sino al de dominio de la primera parte del predio;

4º Que no puede agregarse á la posesión de los demandados, para los efectos de la prescripción, el tiempo que tuvo en su poder la segunda parte del predio don Lorenzo Miranda, porque siendo mero usufructuario no tenía ánimo de señor y dueño al tenerlo y por consiguiente, no lo poseía;

5º Que habiendo muerto el nudo propietario de la cosa fructuaria la nuda posesión se trasmite á sus herederos; y

6º Que con la muerte del usufructuario ha terminado el usufructo.

Y visto lo dispuesto por los artículos 1087, 1081 inciso 2º, 764, 773, 80 inciso 2º, 700, 714 y 1069 del Código Civil, se declara que ha lugar á la demanda, con costas. Para la avaluación de los frutos se nombrará un perito en comparendo que tendrá lugar el tercer día hábil después de ejecutoriada esta sentencia á las cuatro de la tarde.

Habilítase el feriado para dictar y cumplir esta resolución.—*F. de la Barra.*

Apelada esta resolución:

Serena, marzo 31 de 1904.—Vistos: Se confirma, con costas sólo del recurso, la sentencia apelada de 15 de febrero último.—*Eduardo Gómez Herrera.—M. E. Abalos.—Daniel Cádiz.*

Contra esta sentencia interpuso el mandatario de los demandados recursos de casación en la forma y el fondo; y formalizado el primero de ellos, respecto del cual se han mandado traer los autos en relación, expone que al expresar agravio acompañó fe de muerte de de don Juan Miranda, á fin de que conforme al artículo 6º del Código de Procedimiento Civil, que ordena poner el juicio en noticia de los herederos del litigante que fallece durante el curso de él, se notificara á los herederos de don Juan Miranda, que son su viuda doña Brígida Aguirre y sus hijos, para que comparecieran dentro del término del emplazamiento, quedando entre tanto en suspenso la causa. No habiéndolo ordenado así el Tribunal, se ha incurrido en el vicio previsto en el número 9º del artículo 941 del referido Código.—Además de esto se ha incurrido en otro vicio, que da lugar á la casación en la forma. En efecto, la demanda fué interpuesta por don José Víctor Mery, pero después se apersonaron al juicio don José del Rosario Mery, doña Mercedes del Portillo y don Cayetano Mery. Los agravios contra la sentencia de primera instancia fueron expresados sólo por don Víctor Mery y sin que las tres últimas mencionadas personas los hubieran contestado ó se le hubieran acusado rebeldía, se dictó la sentencia de segunda instancia. Faltó entonces un trámite esencial para que pudiera expedirse esta sentencia, cuya omisión produce la nulidad de ella conforme al número 9º del artículo 941 citado y á los artículos 225 y 440 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Considerando:

1º Que el artículo 6º del Código de Procedimiento Civil se refiere sólo al caso de que falleciese durante el juicio alguna de las partes que obre por sí misma en él; y en el juicio actual don Juan Miranda estaba representado por el procurador don Alejandro González C. de manera que conforme al artículo 397 de la Ley Orgánica de Tribunales subsiste el mandato judicial con que obraba González en representación de Miranda; y

2º Que, aun en el supuesto de que se hubiera incurrido en el vicio que se apunta como causal segunda del recurso, él habría inferido agravio á la parte recurrida y no á la recurrente.

Visto además lo prevenido en el artículo 944 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en la forma interpuesto contra la sentencia de 21 de

mayo último, sin costas por litigar con privilegio de pobreza la parte recurrente.

Pase al Tribunal Pleno para que provea lo que corresponda respecto del recurso de casación en el fondo.

Redactada por el señor Ministro Saavedra. —*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.*

El recurso de casación en el fondo se funda en los motivos siguientes:

1º Los demandantes han carecido de acción para dirigir su demanda contra los recurrentes, porque no fueron instituidos herederos universales de don Feliciano del Portillo, sino asignatarios á título singular; y al acogerse la demanda, reconociéndoles la calidad de herederos, se ha infringido los artículos 951, 954, 1097 y 1104 del Código Civil;

2º Al reconocer la existencia de un usufructo, la sentencia ha hecho una declaración contra derecho, desde que el testador no ha constituido tal usufructo, no habla de él en ninguna de las cláusulas del testamento, ni determina el nudo propietario á quien deba entregarse la propiedad extinguido el usufructo, y porque su intención ha sido instituir un legado á favor de don Lorenzo Miranda, y así lo han reconocido los demandantes que jamás ejercitaron los derechos que confieren al nudo propietario los artículos 775, 776 y 768 del Código Civil. Declarando usufructo lo que es un legado, la sentencia ha infringido los artículos 951, 952, 953, 954, 1069, 764, 765 y 768 del mismo Código;

3º Que está probado en autos que uniendo la posesión tranquila, pacífica y no interrumpida de los demandados á la de su antecesor don Lorenzo Miranda, han estado en posesión del predio que se trata cuarenta y tres años; y al declararse sin lugar la prescripción alegada se han infringido los artículos 2492, 2498, 2508, 2510, 2514 y 2515 del citado Código. Se ha oído el dictamen de uno de los Ministros del Tribunal.

La Corte:

Considerando:

1º Que don Lorenzo del Portillo asignó en su testamento á sus sobrinos doña Mercedes del Portillo, don José Victor, don Cayetano y don José del Rosario Mery ciertos bienes determinados y además todo lo que se reconozca por suyo; lo que importa instituirlos también herederos del remanente;

2º Que los demandantes, al reclamar la entrega de bienes que dicen pertenecen al testador y de que éste no dispuso expresamente, han ejercitado la acción que como á tales herederos les corresponde; por lo cual no es aceptable la primera de las causales de casación en que se dice ha incurrido la sentencia reclamada que tiene por fundamento la falta de acción de los demandantes por no ser herederos universales del testador;

3º Que la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Serena, confirmando la resolución de primera instancia, establece que la parte segunda de la cláusula 8ª del testamento de don Lorenzo del Portillo contiene una asignación por la vida del asignatario, ó sea hasta un día cierto é indeterminado como es el de la muerte de una persona, y al declarar caracterizando jurídicamente esa disposición testamentaria, que ella constituye un usufructo, se conforma con el precepto del artículo 1087 del Código Civil y no infrinje ninguna de las disposiciones legales indicadas en la segunda causal de casación;

4º Que habiendo sido don Lorenzo del Portillo asignatario de un usufructo, fué mero tenedor de la cosa fructuaria; y no ha podido trasmitir á sus herederos derecho de dominio sobre ella;

5º Que los demandados, como sus sucesores que también invocan la posesión del antecesor, han continuado en la mera tenencia de los terrenos legados en usufructo, puesto que á este título los tenía el antecesor; y no pueden invocar una prescripción fundada en una posesión de que uno y otro han carecido;

6º Que en el supuesto de que de buena fe hubiesen creído adquirir los terrenos referidos por el título de sucesión por causa de muerte, la posesión personal que en tal carácter tuvieran no habría durado el tiempo suficiente para prescribir;

7º Que á virtud de lo expuesto en los anteriores considerandos, la sentencia recurrida

al rechazar la prescripción, no ha infringido los artículos 2492. 2498, 2508, 2570, 2514 y 2515 del Código Civil.

Visto lo dispuesto en los artículos 940, 973 y 134 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de 31 de mayo de 1904, sin costas por litigar los recurrentes con privilegio de pobreza. Redactada por el señor Ministro Varas.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—Leoncio Rodríguez.—Cárlos Varas.—Abel Saavedra.—J. A. Rojas.*

Cas. en la forma.—16 octubre 1906

Compañía minera de Santa Rosa con Guinberg.

Sentencia aprobatoria de mensura.— Procedencia del recurso de casación —Vicios del fallo de primera instancia; reclamación. — Admisibilidad.

DOCTRINA:—*Es procedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia aprobatoria de la mensura de una mina.*

No es admisible el recurso de casación en la forma contra la sentencia confirmatoria de la de primera instancia, por vicios que, en caso de existir, se habrían cometido en ésta, y de que no se reclamó oportunamente por la vía de la casación.

En un juicio sobre oposición á mensura seguido entre la Compañía Minera de Santa Rosa y don Adolfo Guinberg, se dictó el 12 de septiembre de 1903 por la Corte de Apelaciones de Tacna, la sentencia confirmatoria de la de primera instancia, que declaró, entre otras cosas, que había lugar á la mensura de la mina Buena Esperanza, pedida por Guinberg, con ciertas limitaciones que en el mismo fallo se indican.

Con tal motivo se practicó por el ingeniero don Eloi Solar Cortés la mensura de la referida mina, en la forma que se expresa en el informe.

El informe fué objetado por la Compañía minera Santa Rosa; pero se desecharon las objeciones formuladas y se aprobó en todas sus partes el recordado informe, por la siguiente resolución:

Iquique, agosto 3 de 1905.—Vistos: con lo expuesto por las partes y no importando las objeciones deducidas en lo principal del escrito la divirgencia á que se refiere el artículo 57 del Código de Minería, por lo que no procede el nombramiento de un nuevo perito, se aprueba el informe y se desechan, en consecuencia, con costas, las referidas objeciones y se dá lugar á lo que se pide en el escrito.

Para resolver respecto al honorario del perito espérese que éste evacue por su parte el traslado conferido.—*Felipe S. Urzúa.*

Apelado este fallo por la Compañía Minera Santa Rosa:

Tacna, 6 de septiembre de 1905.—Vistos: Teniendo además presente lo resuelto por auto de 28 de noviembre último, que se encuentra ejecutoriado, se confirma en la parte apelada el auto de 3 de agosto último, con costas del recurso.—*Cisternas Peña.—E. Barros—V. R. Vega.*

Contra este fallo interpuso la Compañía minera de Santa Rosa recurso de casación en la forma y proveyéndolo la Corte de Tacna resolvió:

Tacna, 23 de septiembre de 1905.—Vistos: Tratándose de una sentencia interlocutoria destinada á dar cumplimiento á una sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, y que no figura en la excepción contemplada en el artículo 939 del Código de Procedimiento Civil, no ha lugar al recurso. —*Cisternas Peña.—E. Barros.—V. B. Vega.*

Apelada esta resolución:

Santiago, 16 de abril de 1906.—Vistos y teniendo presente: que la resolución de 6 de sep-

tiembre de 1905, importa la aprobación de la mensura de las minas materia del juicio, operación que fija definitivamente los derechos de las partes; visto lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 939 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de 23 de dicho mes y año, y tráiganse los autos en relación para conocer del recurso de casación en la forma interpuesto.—*J. Gabriel Palma Guzmán.—Abel Saavedra.—A. Vergara Albano.—J. Bernales.*

La Compañía Minera de Santa Rosa funda el recurso de casación en que la sentencia se había dictado contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, según detalladamente lo explicó en el escrito

La Corte:

Teniendo presente 1º que el vicio en que se funda el recurso, en caso de existir, se habría cometido en la sentencia de primera instancia, ya que la de segunda se ha limitado á confirmarla sin limitación alguna; y 2º que del primero de esos fallos no se reclamó oportunamente por la vía de la casación, ó sea no se preparó el recurso en la forma dispuesta por el artículo 945 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia que lo hace legalmente inaceptable.

Visto además lo prevenido en los artículos 960 y 979 del Código más arriba citado, se declara sin lugar, con costas, el recurso de que se trata.

Queda aplicado al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro.—Fóster Recabarren.—*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán.—E. Fóster Recabarren.—L. Vial Ugarte.*

Cas. civ.—6 de noviembre de 1906

Sepúlveda con Fisco

Excepción dilatoria; excepción perentoria. - Recompensas militares; ley de 21 de diciembre de 1888; fecha inicial del pago —Competencia.

DOCTRINA:—*La excepción de falta de jurisdicción de la justicia ordinaria opuesta por el Fisco en una demanda sobre cobro de pensiones militares, por tratarse en ésta de obtener la modificación de una resolución dictada por otra autoridad pública en ejercicio de sus atribuciones, no es una excepción dilatoria de incompetencia o simple declinatoria de jurisdicción, sino una excepción perentoria que debe ser resuelta en la sentencia definitiva.*

Es competente la justicia ordinaria para conocer de la demanda sobre pago de las recompensas militares concedidas por las leyes de 21 de diciembre de 1888 y de 7 de febrero de 1895 á los que hicieron la campaña del Perú de 1838 y 1839.

Los agraciados por la ley de 21 de diciembre de 1888 tienen derecho al pago de la pensión á contar desde la fecha de dicha ley, y no sólo desde la fecha del decreto supremo que los declara comprendidos en sus disposiciones.

El Presidente de la República con fecha 25 de mayo de 1904 expidió el siguiente decreto:

"Vistos estos antecedentes, con lo informado por el Tribunal de Cuentas, por el Director del Tesoro, y con lo dictaminado por el Consejo de Defensa Fiscal, decreto:

Se declara que el ex-soldado del extinguido regimiento Colchagua, Juan Sepúlveda, que

hizo la campaña restauradora al Perú en los años 1838-1839, es acreedor á los beneficios otorgados por las leyes de 21 de diciembre de 1888 y 7 de febrero de 1895. En consecuencia, tiene derecho á la pensión de $ 300 anuales, en conformidad á las últimas de las leyes citadas. La Tesorería Fiscal de San Bernardo le abonará la indicada pensión, por mensualidades vencidas, á contar desde la fecha del presente decreto. Impútese el gasto correspondiente hasta fines del año en curso, al ítem 289 de la partida 26 del presupuesto de Guerra vigente.

Refréndese, regístrese y comuníquese".

El 19 de octubre del mismo año ocurrió Sepúlveda ante uno de los Juzgados de Santiago interponiendo demanda contra el Fisco, á fin de que se declarara que éste debía pagarle las pensiones que le acuerdan las leyes citadas en el referido decreto supremo, á contar desde el 21 de diciembre de 1888, y no desde la fecha de la mencionada resolución, como ésta lo ordena. Fundando su demanda, dice que el expresado decreto declara que el exponente es veterano de la campaña restauradora de 1838 y 1839 y que tiene derecho á los beneficios que le acuerdan las leyes de 21 de diciembre de 1888 y 7 de febrero de 1895; pero con una falta de lógica incomprensible, se desentiende en seguida del mandato expreso de las mismas, para ordenar el pago de la pensión desde una fecha muy posterior á las que ellas determinan.

Así la primera de dichas leyes dispone textualmente que "los jefes, oficiales é individuos de tropa, tanto del Ejército como de la Armada Nacional, que hicieron la campaña del Perú el año 1838 y 1839 tienen derecho á gozar del sueldo mayor que disfruta *hoy* el Ejército"; y la segunda prescribe en su artículo transitorio que "sus beneficios se contarán desde el 1º de enero de 1895, con excepción de los que hicieron la campaña de la Independencia y la del Perú en 1838 y 1839, á quienes se les contará desde el 1º de febrero de 1893, y se aplicarán á los oficiales, generales, jefes y oficiales del Ejército y Armada, y asimismo á los individuos de tropa del Ejército y á la marinería, aun cuando estén ausentes del país".

Según esto el decreto supremo de que se trata ha privado al exponente de la pensión que tenía derecho á percibir desde el 21 de diciembre de 1888 hasta el 24 de mayo de 1904 y cuyo pago reclama por la vía judicial.

Notificado de la demanda el Director del Tesoro, se presentó este funcionario oponiendo la excepción dilatoria de incompetencia del Juzgado, excepción que funda en el precepto de número 11 del artículo 73 de la Constitución, que atribuye al Presidente de la República la facultad privativa de "conceder jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos con arreglo á las leyes". Sin expresar en cual de estas atribuciones está comprendido el caso de Sepúlveda, se limita á sostener que la citada disposición constitucional obsta á la jurisdicción de los Tribunales para conocer en la demanda, y pide en consecuencia se declare que el Fisco no está obligado á contestarla.

Con la respuesta del demandante, en la cual éste sostiene que la atribución constitucional del Presidente de la República invocada de contrario, no priva al poder judicial de la facultad que también le corresponde para conocer de las contiendas que se promuevan sobre derechos afectados por las resoluciones de aquel magistrado, el Juez de primera instancia falló el incidente en estos términos: "Vistos: con lo expuesto por las partes y mérito de autos, se declara sin lugar el artículo interpuesto por el Director del Tesoro y contéstese la demanda en el plazo legal".

Aunque esta resolución fué apelada por el Director del Tesoro, la Corte de Apelaciones de Santiago no consideró el recurso y dictó el fallo aprobatorio dando por consultada la sentencia de primera instancia. Este fallo de la Corte no fué reclamado en forma alguna.

Contestando la demanda el Director del Tesoro, pide se declare sin lugar. Al efecto opone como excepción de fondo la falta de jurisdicción de los Tribunales, en los mismos términos y por los mismos fundamentos invocados por él al formular el incidente dilatorio desechado anteriormente.

Agrega que en todo caso la reclamación de Sepúlveda es infundada, porque ni la ley de

1888 ni la del 1895, en que se apoya, permiten suponer que el legislador haya querido otorgar sus beneficios á contar desde una fecha anterior al decreto que en cada caso reconozca el derecho del agraciado; la primera de dichas leyes nada dice al respecto, y la segunda en su artículo transitorio, se limita á expresar que el aumento de sueldos del Ejército establecido por la ley de 1° de febrero de 1893 beneficiará desde esta fecha á los servidores de la campaña restauradora del Perú, refiriéndose sin duda á los individuos que entonces tenían ya declarado este carácter.

En los escritos de réplica y dúplica no se aducen nuevos argumentos ni excepciones.

El Juzgado falló el 23 de mayo de 1905.

Considerando:

1º Que el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 293 y siguientes, no permiten al demandado poner como excepción perentoria ó de fondo una que ya se haya opuesto como dilatoria y que en ese carácter se haya rechazado, pues, el artículo 295 lo que establece es que las excepciones dilatorias que no se opusieren en el término de emplazamiento designado en el inciso 1º solo podrán oponerse en el progreso del juicio por vía de algación ó defensa;

2º Que por consiguiente, la excepción perentoria de incompetencia del Juzgado que el Fisco ha opuesto á la demanda de Juan Sepúlveda no puede admitirse porque ya se rechazó cuando se opuso como dilatoria;

3º Que está aceptado por el Fisco que el demandante Sepúlveda, en calidad de soldado, hizo la campaña restauradora al Perú en los años 1838 y 1839;

4º Que la ley de 21 de diciembre de 1888 asignó, entre otros, á los individuos de tropas que hubieren hecho esa campaña, un sueldo igual al sueldo mayor de que en esa época gozaba el Ejército;

5º Que la ley de 7 de febrero de 1895, aumentó ese sueldo declarando en el número 1º del artículo 1º que el sueldo ó pensión de esos servidores será igual al sueldo de actividad señalado por la ley del 1º de febrero de 1893, el cual es de $ 300 anuales según el artículo 12 de esta última ley;

6º Que el artículo transitorio de la indicada ley de 7 de febrero de 1895 establece que los beneficios en ella otorgados á los individuos que hicieron la campaña del Perú de 1838 y 1839 se aplicarán desde el 1º de febrero de 1893;

7º Que de lo expuesto resulta que don Juan Sepúlveda tiene derecho para que desde la vigencia de la ley de 21 de diciembre de 1888 y hasta el 31 de enero de 1893 se le pague el sueldo que esa ley indica, y desde el 1º de febrero de 1893 hasta el 25 de mayo de 1904 se le pague la pensión de $ 300 anuales; y

8º Que, como en el supremo decreto de 25 de mayo de 1904 no se ordenó pagar sus pensiones á Sepúlveda sino desde esa fecha, resulta que la demanda debe aceptarse.

En virtud de estas consideraciones, y sin aceptar la excepción de incompetencia interpuesta por el Fisco, se declara que ha lugar á la demanda y al efecto, una vez ejecutoriada esta sentencia, se liquidará lo que se adeude á Sepúlveda en la forma expresada en el séptimo considerando.—*J. Bianchi T.*

El Director del Tesoro apeló de esta sentencia, y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó sin modificación alguna, por la de 30 de octubre de 1905.

Contra este fallo el representante del Fisco ha deducido recurso de casación en el fondo, que formaliza como sigue:

La sentencia recurrida contiene los siguientes vicios:

1º Consigna el principio de que rechazada por un auto una alegación opuesta como excepción dilatoria, no procede oponerla después por vía de alegación ó defensa, para que sea resuelta en sentencia definitiva.

Esta doctrina consignada en los considerandos 1º y 2º de la sentencia recurrida, infringe las disposiciones consignadas en los artículos 295, 165, 198 y 204 del Código de Procedimiento Civil.

2º La sentencia reconoce competencia á la justicia ordinaria para conocer en este negocio de pensiones militares. Con esta doctrina se infringen los artículos 73 y 99 de la Constitución Política del Estado.

3º Al declarar la sentencia que los beneficios de la ley de 7 de febrero de 1895 favorecen al demandante á contar desde el 21 de

diciembre de 1888, infringe el inciso 1º del artículo 1º de la ley de 7 de febrero de 1895 y el artículo 4º y 5º de la ley de 22 de diciembre de 1881 y artículo único de la lei del 21 de diciembre de 1888.

Como estos vicios han influido en lo dispositivo de la sentencia, procede el recurso en el fondo, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 940 del Código de Procedimiento, que ha formalizado en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 943 del mismo Código.

Fundando el recurso el Director del Tesoro, dice que la doctrina que sienta la sentencia recurrida al establecer que no puede oponerse como excepción de fondo una excepción dilatoria ya rechazada en el juicio, es contraria al artículo 295 del Código de Procedimiento Civil que dispone que las excepciones dilatorias no propuestas en el término de emplazamiento para contestar la demanda "se podrán oponer en el progreso del juicio sólo por vía de alegación ó defensa".

Este precepto es terminante en cuanto autoriza para hacer valer una excepción dilatoria como alegación de fondo.

La cuestión, agrega, queda reducida á averiguar si la resolución judicial que rechaza una excepción dilatoria es inamovible. Según la clasificación que el artículo 165 del Código de Procedimiento citado hace de las resoluciones judiciales, la de que aquí se trata es un auto; y como según los artículos 198 y 204 del mismo Código sólo las sentencias definitivas y las interlocutorias firmes producen cosa juzgada, y los autos pueden ser modificados y dejados sin efecto por el juez que los hubiere dictado, es obvio que ninguna disposición legal se opone á que pueda ser aceptada en la sentencia definitiva una excepción dilatoria rechazada en un incidente previo.

En cuanto al vicio que se hace consistir en haberse atribuido el tribunal sentenciador la facultad de rever y modificar una decisión dictada por el Presidente de la República en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, reproduce lo que había expuesto en el escrito de formalización del recurso, refiriéndose al número 17 del artículo 73 de la Constitución del Estado.

Y, finalmente, por lo que hace á la tercera causal de casación, dice que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente las leyes de 21 de diciembre de 1888 y de 7 de febrero de 1895, porque ninguna de ellas dispone que las pensiones que otorgan se paguen desde una fecha anterior á aquella en que el Gobierno declare el derecho de los agraciados ó, en el mejor de los casos para estos, desde la vigencia de la segunda de dichas leyes, ya que la primera nada prescribe sobre pensiones, sino sobre los sueldos de los militares que sirvieron en las campañas á que se refiere, lo que es muy distinto.

Respondiendo la parte recurrida, pide que se declare sin lugar el recurso. En orden á la primera causal, sostiene que el artículo 295 del Código de Procedimiento Civil no permite oponer como de fondo una excepción dilatoria ya propuesta y desechada por el Tribunal.

Fallada, como lo fué en este caso por la resolución, la cuestión de competencia, quedó establecida en forma incontrovertible la facultad de los Tribunales para juzgar la acción deducida en la demanda. No es posible, por lo tanto, renovar esa misma cuestión para fundar en ella un recurso de casación.

En cuanto al carácter de las resoluciones que desecharon la excepción dilatoria de incompetencia, dice que ellas deben calificarse como sentencia interlocutoria, conforme al número 3º del artículo 163 del mismo Código, porque fallan un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes á favor de las partes, y en consecuencia, producen acción y excepción de cosa juzgada con arreglo al artículo 198 del mismo Código. No son simples autos, como sostiene la parte del Fisco, porque si lo fueran, ni el representante fiscal habría podido apelar de la primera instancia, en vista de lo que dispone el artículo 210, ni el Tribunal Superior conocer en el recurso, á no ser que se hubiera tratado de un auto que alterara la sustanciación regular del juicio ó dispusiera sobre trámites no ordenados expresamente por la ley, lo que no ocurría en este caso. Pero aún siendo meros autos, dichas resoluciones tampoco podrían ser modificadas por esta Corte, porque los autos también quedan firmes según la regla del artículo 204, y sólo pueden ser alterados ó dejados

sin efecto por el mismo Tribunal que los hubiere pronunciado, y nó por otro alguno. Este es un obstáculo insuperable para que el Tribunal de Casación pueda acoger el presente recurso por la causal de incompetencia en que se funda.

Agrega que no ha infringido las leyes de 21 de diciembre de 1888 y de 7 de febrero de 1895, pues, la sentencia recurrida se limita á mandar pagar las pensiones que ellas establecen, de acuerdo con su tenor literal. Y tampoco se ha incurrido en la infracción de la de 22 de diciembre de 1881, porque esta ley se refiere únicamente á los que militaron en la última guerra con el Perú y Bolivia y no tienen relación alguna con los servidores de la campaña restauradora de 1838 y 1839.

La Corte:

Considerando:

1º Que la excepción fundada en la falta de jurisdicción de los Tribunales para conocer en la demanda de Sepúlveda, por tratarse en ésta de obtener la modificación ó enmienda de una resolución dictada por otra autoridad pública en ejercicio de sus atribuciones privativas, es una excepción perentoria, puesto que incide al rechazo absoluto y definitivo de la demanda por falta de acción en el demandante para ocurrir á los Tribunales de Justicia;

2º Que, en consecuencia, es errada la calificación de dilatoria que tanto en la sentencia recurrida como en las alegaciones de las partes, se hace de la referida excepción, estimándola como de incompetencia ó simple declinatoria de jurisdicción, puesto que ella no ha tenido por objeto desconocer la facultad de un determinado tribunal para intervenir en el asunto de que se trata (art. 192 de la ley del 15 de octubre de 1875) ni el demandado ha pretendido llevar por este medio el conocimiento de la causa á otro tribunal que estimara competente (art. 116 del Código de Procedimiento Civil), sino que, como ya se ha dicho, ha dirigido su defensa á negar en absoluto al actor el derecho de demandar;

3º Que, á virtud de lo expuesto anteriormente, es asimismo errada la aplicación que la sentencia recurrida hace en este caso de la regla del artículo 295 del Código citado, para desestimar dicha excepción, por haber sido desechada en un incidente previo; pues la sentencia definitiva era precisamente la oportunidad de resolver acerca de esa alegación de fondo que sólo pudo tener cabida dentro de la litis, conforme á lo prescrito en los artículos 193 y 299 del mismo Código.

4º Que esta infracción legal no puede, sin embargo, dar lugar al recurso de casación en el fondo que en ella se basa, porque no ha influido en lo dispositivo de la sentencia, y á que, como se establecerá más adelante, la excepción de que se trata ha debido ser rechazada en todo caso, aunque por otros motivos;

5º Que los preceptos de la Constitución que el recurrente supone infringidos son los de los artículos 73 parte 11 y 99, el primero de los cuales enumera entre las atribuciones especiales del Presidente de la República la de "conceder jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos con arreglo á las leyes", y el segundo prescribe que "la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente á los tribunales establecidos por la ley", y que "ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales ó avocarse causas pendientes ó hacer revivir procesos fenecidos;"

6º Que para establecer si ha sido infringida la primera de las disposiciones citadas, es menester averiguar ante todo si el caso del demandante Sepúlveda se encuentra comprendido en alguna de las atribuciones que aquella menciona, punto que no se ha concretado en el recurso;

7º Que entre las referidas facultades hay que eliminar desde luego de este examen las relativas á jubilaciones, licencias y montepíos, materias que manifiestamente no tienen relación alguna con el derecho que hace valer Sepúlveda de conformidad con las leyes de 21 de diciembre de 1888 y de 7 de febrero de 1895, que se limita á otorgar una recompensa pecuniaria á los jefes, oficiales é individuos de tropa del Ejército y Armada que militaron en la campaña del Perú en 1838 y 1839;

8º Que esta recompensa tampoco puede confundirse con el retiro militar, de que trata el título 84 de la Ordenanza General del Ejér-

cito, y que favorece á los oficiales que contaren con los años de servicio y demás condiciones requeridas en dicho título, habilitándolos para obtener una *cédula* que los permita abandonar sus funciones, temporal ó absolutamente, con goce de una pensión proporcionada al tiempo servido y con determinados honores, exenciones y privilegios; ni tampoco es dable equipararla al retiro á invalidez que los artículos 22 y 23 del título 49 de la misma Ordenanza otorgan á los individuos de tropa que, habiendo permanecido en las filas durante cierto tiempo, se inutilizaren para el servicio por las causas que las mismas disposiciones enumeran;

9.º Que, de acuerdo con estas disposiciones, numerosas leyes posteriores que se han propuesto recompensar servicios de especial importancia prestados por el personal del Ejército y Armada, se han limitado á ampliar los beneficios del retiro, pero conservando siempre á esta institución su propio carácter. Así la ley de 22 de diciembre de 1881, en el artículo 2º concede el derecho de obtener "retiro absoluto" con sueldo íntegro, á los jefes y oficiales que hubieren quedado absolutamente inválidos por consecuencia de heridas recibidas ó accidentes sufridos en la guerra contra el Perú y Bolivia; en el artículo 3º otorga un abono de diez años de servicio que sólo puede aprovechar para los efectos del retiro á los mismos jefes y oficiales que hubieren quedado relativamente inválidos; y por último, los artículos 5º y siguientes favorecen con "la gracia de invalidez" á todo individuo de tropa que se hubiere inutilizado en la campaña otorgándoles una pensión proporcionada al sueldo y más ó menos subida según fuere la invalidez absoluta ó relativa; la de 9 de enero de 1892, que recompensó á los servidores de la campaña contra la dictadura, se concretó á hacer aplicables á éstos las disposiciones de la ley de 22 de diciembre del 81 anteriormente citada; la de 2 de febrero del mismo año dispuso que los agraciados por la ley precedente se considerarían "para los efectos de su retiro" en posesión del grado inmediatamente superior al que tenían en el momento de recibir "la cédula de invalidez absoluta"; la ley de anmistía de 4 de febrero de 1893 autorizó al Presidente de la República para llamar á "calificar servicios" á los militares anmistiados que hubieren combatido en la guerra del 79, y estableció reglas para computarles su "pensión de retiro"; por fin, la de 2 de enero de 1895 abrió un nuevo plazo para que el Presidente de la República ejerciera la facultad concedida por la ley anterior, extendiendo al mismo tiempo sus beneficios á todos los militares comprendidos en la anmistía;

10. Que, apartándose del sistema de las leyes que acaban de citarse, sin duda porque se trataba de recompensar á los escasos sobrevivientes de campañas ya remotas que por diferentes causas habrían dejado mucho ha de pertenecer al Ejército, las leyes de 26 de noviembre de 1873, de 21 de diciembre de 1888, y de 7 de febrero de 1895 adoptaron otro procedimiento. En efecto, la primera de ellas dispuso simplemente: "los militares que sirvieron en el Ejército ó en la Armada de la República durante la Independencia, gozarán de los siguientes *sueldos vitalicios* con arreglo á la presente ley"; la segunda dijo á su vez: "Los jefes, oficiales é individuos de tropa tanto del Ejército como de la Armada Nacional, que hicieron la campaña del Perú el año 1838 y 1839, *tienen derecho á gozar del sueldo mayor* que disfruta hoy el Ejército"; y finalmente la tercera consignó el siguiente precepto: "Tendrán derecho á una pensión igual al sueldo de actividad señalado á los respectivos empleados por la ley general de sueldos del Ejército y Armada de 1º de febrero de 1893: 1º los servidores de la Independencia y los que tomaron parte en la campaña del Perú en 1838 y 1839;

11. Que, del propio tenor de las disposiciones trascritas aparece que los beneficios que ellas conceden nada tiene de común con una pensión de invalidez ó retiro, pues el legislador no toma en cuenta para otorgarlos ni la duración de los servicios prestados por las personas á quienes favorece, ni su aptitud ó incapacidad para el trabajo, ni siquiera su separación anterior del servicio por cualesquiera causa ó circunstancia; pues basta solamente el hecho de haber actuado en aquellas campañas para tener derecho á la recompensa acordada;

12. Que ésta es asimismo la inteligencia que

el Supremo Gobierno ha dado á las disposiciores legales de que se trata en el caso del soldado Juan Sepúlveda, pues el decreto se limita á declarar que Sepúlveda hizo la campaña restauradora al Perú, para reconocerle en consecuencia, su derecho á los beneficios que conceden las referidas leyes; sin entrar dicho decreto á calificar los servicios del agraciado, como en todo caso de retiro; ni á otorgarle ninguna *cédula*, ni á reformar otra anterior;

13. Que, siendo la resolución contenida en el decreto de naturaleza diversa de aquellas á que se refiere la parte 11 del artículo 73 de la Constitución, es inoficioso entrar á examinar la extensión de las facultades de los Tribunales en relación con las que otorga al Presidente de la República el referido precepto, para deducir de este estudio si existe ó nó la infracción de dicho artículo en que se funda el actual recurso, ya que tal infracción no ha podido tener lugar en este caso;

14. Que la situación creada á Sepúlveda por el mencionado decreto es la de cualquier acreedor del Estado que, no habiendo obtenido, pide por la vía judicial el reconocimiento de su derecho;

15. Que, la intervención del poder judicial en una demanda de esta naturaleza, lejos de infringir el artículo 99 de la Constitución, como se supone en el recurso, constituye su más correcta aplicación, puesto que dicho precepto establece la facultad privada y la independencia absoluta de los tribunales para juzgar las causas civiles y criminales, principio que reproduce el artículo 1º de la ley de 15 de octubre de 1875, y que corrobora y amplía el artículo 5º de la misma, diciendo que á los Tribunales que ella establece "estará sugeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza ó la calidad de las personas que en ellos intervengan;"

16. Que la ley de 21 de diciembre de 1888 declara comprendidos en sus beneficios á todos los militares que hicieron la campaña del Perú en 1838 y 1839, y por lo tanto, ha favorecido desde el momento de entrar en vigor á todos los individuos que se encontraban en el caso contemplado por ella, sin que necesitaran llenar ninguna otra condición ó requisito posterior fuera de la simple comprobación de aquel hecho para los efectos de exigir el pago de la recompensa;

17. Que emanando el derecho de los agraciados directamente de la ley, y no del decreto supremo que los declara comprendidos en sus disposiciones, la fecha de esta resolución gubernativa no debe tomarse en cuenta como punto de partida para el abono de la respectiva pensión;

18. Que, dado lo expuesto anteriormente, la sentencia recurrida ha aplicado correctamente la ley citada, disponiendo que se pague al demandante Sepúlveda su pensión á contar desde que aquella entró en vigor, y no desde la fecha del decreto supremo, como éste lo ordenaba;

19. Que la resolución de la misma sentencia que manda pagar la referida pensión con el aumento correspondiente al nuevo plan de sueldos del Ejército, establecido en la ley de 1º de febrero de 1893, á contar desde la misma fecha, se ha limitado también á aplicar estrictamente las disposiciones de los artículos 1º y transitorio de la ley de 7 de febrero 1895 que así lo ordenan en términos claros y precisos; y

20. Que los artículos 4º y 5º de la ley de 22 de diciembre de 1881, que también supone infringidos el recurrente, no tienen relación alguna con la cuestión ventilada en este juicio, pues dichas disposiciones, como todas las de esa ley, se refieren á los que militaron en la última guerra contra el Perú y Bolivia, y no á los servidores de la campaña de 1838 y 1839.

Visto además lo dispuesto en los artículos 940 y 960 del Código de Procedimiento Civil, se desecha el recurso de casación en el fondo interpuesto.

Redactada por el Fiscal señor Valdés.—*Leoncio Rodríguez.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Cárlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—Miguel L. Valdés.*

———

Cas. civ.—22 de septiembre de 1906

Dueñas con Valdivieso Araos

Constitución de censo.—Inscripción. Caducidad; citación del censualista para el remate de la finca acensuada.—Cosa juzgada; antecedentes anteriores al fallo.—Juicio ejecutivo; excepciones.

DOCTRINA:—*La existencia de antecedentes y documentos correspondientes á una situación jurídica anterior á la sentencia, no es bastante para suspender los efectos de ese fallo definitivo en que no se tomaron en cuenta, enervando su mérito ejecutivo y los efectos de la cosa juzgada. El mérito y alcance de tales antecedentes y documentos solo pueden ser apreciados en un juicio ordinario.*

La sitación del censualista, así hecha para llevar á efecto la subasta de la propiedad gravada con el censo, no basta para producir la caducidad de éste, porque el censo es perpetuo y de trasmisión forzada y la obligación censuaria sigue siempre al dominio de la finca acensuada. La disposición del artículo 2428 del Código Civil relativa á la caducidad de las hipotecas de la finca rematada con citación previa de los acreedores hipotecarios no es aplicable al censo, ya que la constitución del censo de que trata el título XXVII, libro IV del Código Civil es diferente del contrato de hipoteca contemplado en el título XXXVIII del mismo libro. La inscripción de la constitución del censo ordenado por la ley, no tiene tampoco el mismo alcance que la inscripción de la hipoteca, puesto que en ésta se inscribe una obligación accesoria encaminada á garantir una obligación principal, sin la cual no podría existir, mientras que en la inscripción del censo se inscribe la constitución del censo mismo, ó sea el acto ó contrato único que subsiste por si sólo y que no puede caducar sino por las causas expresamente determinadas por la ley.

Por sentencia de 7 de diciembre de 1886, se declaró á don Alberto Valdivieso, sin perjuicio de otro de mejor derecho, patrono y capellán de la capellanía de $ 3.000 mandada fundar por don Manuel Várgas, vacante por fallecimiento de don Francisco Valdivieso Gormaz, padre del denunciante, y se ordenó que se notificara á los poseedores de la propiedad gravada con el expresado aniversario, para que le acudieran con los réditos vencidos desde la muerte del último patrono y los que en adelante se vencieran.

A petición del mismo denunciante, don Alberto Valdivieso, se notificó á don Luis Alberto Dueñas para que en su calidad de poseedor de la finca acensuada diese cumplimiento á la sentencia referida pagando los réditos vencidos y por vencer, y como éste solicitase que se dejara sin efecto la orden de pago librada en su contra, en el carácter de dueño del fundo que se supone gravado con el censo en cuestión, pues niega que su fundo tenga tal gravamen sin que este antecedente aparezca tampoco acreditado en autos, y en el caso de que llegase á establecerse la existencia del gravamen real de que se trata, el censo mismo habría prescrito por no haberse pagado los réditos durante los treinta últimos años, por cuyos motivos los títulos de dominio no mencionan ese censo de valor de $ 3.000 al paso que hicieron referencia á otro de $ 700 de capital á favor del convento de San Francisco, se ordenó así por resolución de 22 de junio de 1901, sin perjuicio de que el patrono y capellán pudiera ejercitar las acciones que tuviere á bien.

Con este motivo, el expresado don Alberto Valdivieso dedujo demanda contra don Luis Alberto Dueñas, para que, como dueño del fundo acensuado, le pagase los réditos vencidos desde el fallecimiento del último patrono y los que en adelante se devengasen.

Para fundar su demanda expone que don Francisco Valdivieso y Gormaz, según las escrituras, impuso el capital de $ 3,000 al 5% anual, en su fundo ubicado en la subdelegación de Quilicura de este departamento, poseído por Dueñas actualmente.

El referido señor Valdivieso padre del demandante, fué el primer patrono de la capellanía fundada por él, según todo consta de la escritura de fundación y falleció en 17 de agosto de 1879, habiendo sido declarado patrono de la capellanía el demandante por sentencia á que se ha hecho referencia.

De nada sirve alegar, como lo ha hecho el señor Dueñas, que el fundo que él posee no es el fundo gravado, por la circunstancia de que, en los títulos de sus antecesores, no aparece mencionado el referido gravamen.

Esta circunstancia no dice relación alguna con la existencia del censo que está vigente y debe considerarse vigente, hayan ó no consignado los dueños de la propiedad gravada, con la escritura de transferencia, la existencia de dicho gravamen.

El censo se encuentra inscrito y fundado sobre la propiedad que el señor Francisco Valdivieso poseía, de su dominio, en Quilicura; y que esta propiedad es exactamente la misma que posee el señor Dueñas, es fuera de toda duda. Los certificados de transferencia acreditan este hecho de un modo irrefragable.

En efecto, la inscripción se hizo sobre la sexta hijuela de "San Pablo" en Quilicura, de propiedad de don Francisco Valdivieso. Consta también que Valdivieso fué concursado y que don Agustín Mourgues compró el fundo acensuado, y que este señor lo transfirió á don Juan Nepomuceno Espejo en 3 de mayo de 1868, quien á su vez lo vendió á don Santiago Montt Albano en octubre de 1877.

Don Santiago Montt Albano vendió la misma propiedad á don José Manuel Infante, de quien la obtuvo el último poseedor, don Luis Alberto Dueñas.

De nada sirve tampoco alegar la prescripción á consecuencia de que no se han pagado los réditos desde hace más de treinta años:

ue ésta no es una razón aún siendo echo, para que prescriba el censo

2º Porque el hecho es inexacto.

Contestando don Luis Alberto Dueñas pide se deseche la demanda y dice:

"Opongo la excepción de prescripción del artículo 2422 del Código Civil, porque ni yo ni mis antecesores en el dominio del fundo á que se refiere la imposición, hemos pagado los réditos del censo desde hace más de treinta años. Ello se comprueba con la exposición que el contendor hizo y con la que hoy hace con el certificado.

"Esos documentos comprueban que el padre del contendor no fué simultáneamente censualista y censuario, hasta su fallecimiento acaecido en agosto 1879. El certificado manifiesta que al principio de 1868 dejó de ser dueño del fundo gravado con el censo de $ 3,000 al 5% y desde entonces no fué pagado el censualista por el censuario de los réditos de ese censo. Este abandono de los derechos del censualista para exigir el pago de los réditos, se corrobora además con las escrituras citadas en el certificado, que ninguna mención hacen de ese censo. Así se explica porqué los censuarios desde 1868, no pagaron réditos y el padre del contendor sabrá porqué él no exigió su pago."

De consentimiento de las partes y después de oído el defensor de Obras Pías, se citó para sentencia y se pronunció ésta en 24 de marzo de 1902, en la cual, por los fundamentos que allí se consignan, se deshechó la excepción de prescripción y se aceptó la demanda de don Alberto Valdivieso.

Apelada esta sentencia por el demandado, quien en segunda instancia presentó compulsa de todas las escrituras de transferencia del dominio de la propiedad acensuada á que se refiere el certificado de inscripción, compulsa que se mandó agregar á los autos con citación contraria y después de los trámites legales y de haberse oído al señor Fiscal, se confirmó la mencionada sentencia por la de 5 de julio de 1902.

Como don Luis Alberto Dueñas no se allanase á dar cumplimiento á las sentencias referidas, don Alberto Valdivieso Araos solicitó mandamiento de embargo por la suma de $ 3.343,40, cantidad á que según él, ascendía el valor de los réditos vencidos del censo

en cuestión, contra don Luis Alberto Dueñas, y, requerido éste de pago, opuso la excepción de caducidad del título hipotecario fundada en que el gravámen del censo se extinguió en virtud de la citación prescrita en el artículo 2428 del Código Civil, según aparece de los documentos que presenta y que son: Razón del activo y pasivo que el fallido don Francisco Valdivieso Gormaz, presentó á sus acreedores en 1858, en la cual aparece el censo por $ 3.000 de que aquí se trata y el fundo que estaba gravado con ese censo; la sentencia de grados pronunciada en el juicio de concurso, en la cual, bajo el número 6.º, se manda pagar entre otros réditos, el que consta de la escritura de constitución del censo aludido; y las bases del remate del fundo San Pablo gravado con ese censo y perteneciente al concursado don Francisco Valdivieso Gormaz.

Aunque la sentencia de primera instancia, de 23 de marzo de 1903, acogió la excepción opuesta en esta ejecución, apelada dicha sentencia por el ejecutante, fué revocada por la de 4 de julio de ese mismo año, que está fundada en las consideraciones siguientes:

1.º Que en la demanda ejecutiva iniciada se trata de hacer efectivo el cobro de los réditos del censo con que se mandó acudir al ejecutante, por la sentencia ejecutoriada de 11 de marzo de 1902, de este mismo proceso, sentencia que, con arreglo á derecho, trae aparejada ejecución;

2.º Que la excepción de caducidad del título opuesto por el deudor en el libelo, se apoya en antecedentes y documentos correspondientes á una situación jurídica anterior al juicio afinado por la sentencia recordada en el considerando precedente, los que no se tomaron en cuenta en su secuela ni fueron tampoco considerados en el fallo;

3º Que la existencia de tales antecedentes producidos en esta causa, en que sólo se trata de llevar á debido efecto lo ya fallado definitivamente entre las mismas partes, en otro juicio ordinario de lato conocimiento, no puede suspender los efectos de la sentencia expedida, ni enervar, por tanto, su mérito ejecutivo;

4º Que la anterior no obsta al derecho que puede tener el ejecutado para hacer valer en juicio de lato conocimiento las acciones ó excepciones que procediesen con respecto al censo de que es patrono el ejecutante.

Esta misma sentencia reservó al ejecutado los derechos á que se refiere el considerando 4º

En virtud de esta reserva, don Luis Alberto Dueñas, en 10 de julio de 1903, dedujo contra don Alberto Valdivieso Araos demanda para que se declarase que el censo constituido por escritura pública de 7 de diciembre de 1852 é inscrito en 14 de ese mismo mes y año, caducó ó se extinguió en virtud de la citación prescrita en el artículo 2428 del Código Civil y del pago del precio del remate; que debe cancelarse aquella inscripción hipotecaria; y que el demandado debe devolverle los réditos y las costas que perciba en el juicio ejecutivo de que ya se ha hecho mérito, como los intereses corrientes de esos capitales.

Agrega que si se acoge la primera de estas peticiones, las otras dos son su consecuencia, y que funda la demanda en los documentos en que apoyó la excepción de caducidad del título en el ya mencionado juicio ejecutivo.

Contesta el demandado pidiendo el rechazo de la demanda y dice:

Que este es el cuarto juicio imaginado por el demandante para no pagar los réditos que repetidas resoluciones judiciales le han ordenado solucionar.

Las mismas razones desechadas en juicios anteriores y opuestas como excepciones ordinarias ó en el juicio ejecutivo, se hacen valer para dejar sin efecto lo juzgado.

De los autos acompañados aparece que el censo en cuestión fué declarado existente por resoluciones de término y que don Alberto Dueñas fué condenado al pago de los réditos respectivos.

Y si por sentencia ejecutiva se desechó la excepción de caducidad del título para cobrar los réditos del expresado censo, es evidente que debe nuevamente desecharse esa misma excepción, ya que no se alega una razón nueva al respecto.

No aparece, por lo demás que la citación se hiciera en forma corriente ni tampoco que se conviniera el precio del remate de la propiedad acensuada, en el pago de réditos que fue

ran preferentes al capital de dicho censo. Y todavía esa misma citación no bastaba hacerla á un patrono sin conocimiento de los demás llamados por el instrumento de fundación.

Se estimó la cuestión como de derecho y citadas las partes para sentencia uno de los Juzgados de letras de Santiago, falló el 30 de abril de 1904:

Considerando:

1º Que lo pedido por don Luis Alberto Dueñas en su demanda, es que se declare que el censo constituido por escritura pública de 7 de diciembre de 1852 é inscrito en 14 del mismo mes y año, caducó ó se extinguió en virtud de la citación prescrita en el artículo 2428 del Código Civil y del pago del precio de remate que consta de la escritura pública de 31 de julio de 1867, otorgada por don Agustín Mourgues ante el Notario Alvarez de esta ciudad;

2º Que, según aparece de las posiciones de de fs. 14 se trata en el presente caso de un censo que perteneció á don Francisco Valdivieso Gormaz, padre del demandado, don Alberto Valdivieso Araos, censo que aquel adquirió con cargo de trasmisión;

3º Que siendo el demandado patrono actual censualista y por consiguiente, acreedor para cobrar el censo, materia de este juicio, como sucesor de su citado señor padre, tiene perfecto derecho para oponerse á lo pedido en la demanda por las razones siguientes:

a) Porque de todo censo que pertenezca á una persona natural ó jurídica, con cargo de restitución ó trasmisión, no puede disponer el censualista; (art. 2043 del Código Civil);

b) Porque la obligación de pagar el censo sigue siempre al dominio de la finca acensuada; (art. 2033, inc. 1º del citado Código);

c) Porque si el ex-censualista ó patrono don Francisco Valdivieso Gormaz hipotecó el fundo acensuado sólo pudo hacerlo con las limitaciones á que estaba sujeto su derecho; (art. 2416 del mismo Código);

d) Porque en el presente caso se trata de un censo debidamente inscrito con fecha anterior á la de las hipotecas en virtud de las cuales fué rematado el fundo acensuado;

e) Porque atendida la naturaleza jurídica del censo aludido, ó sea un censo de trasmisión forzosa, la citación del censualista que lo hubiese hipotecado no podría legalmente producir contra sus sucesores los efectos de que tratan los incisos 2º y 3º del artículo 2428 del Código Civil, por las razones anteriormente expuestas, y

f) Finalmente, porque tratándose de un inmueble inscrito en el Registro del Conservador, los rematantes pudieron imponerse de los gravámenes que lo afectaban antes de hacerse la subasta, y si no lo hicieron, su omisión al respecto no puede facultarles para no pagar los réditos y menos aún para pedir la cancelación de la inscripción y demás peticiones hechas por el demandante en su escrito de demanda.

4º Que si bien es verdad que para los efectos de la prelación de que trata el artículo 2428 ya citado, los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas según lo dispuesto en el artículo 2480 del Código citado y concurrirán en la forma ordenada en el inciso 3º de dicho artículo, no lo es menos que el presente juicio no se sigue entre acreedores hipotecarios y censualistas sobre prelación de créditos, único caso en que es aplicable este artículo, sino entre el actual censualista don Alberto Valdivieso Araos y don Luis Alberto Dueñas como poseedor del fundo acensuado, quien pide se declare extinguido el censo, en cuyo caso no puede este último fundar legalmente su demanda en la disposición de los artículos 2428 y 2480 del referido Código, y por consiguiente no se ha extinguido ó caducado dicho censo en virtud de la citación indicada en su escrito.

Con arreglo á lo dispuesto en los artículos 151, 167 y 331 del Código de Procedimiento Civil, 1698 y ya citados del Código Civil, se declara sin lugar con costas, la demanda.—*Arturo Ayala.*

Apelada esta resolución:

Santiago, 2 de septiembre de 1905.—Vistos: se confirma la sentencia apelada de 30 de abril de 1904.

El señor Ministro Larraín Z. estuvo por confirmar la referida sentencia, con declaración de que debía eliminarse la condenación en cos-

tas que por ella se impone al demandante, por cuanto, á su juicio, éste ha tenido motivo plausible para litigar.—*L. R. Mora.—J. Ignacio Larraín.—R. Reyes Solar.*

Don Luis Alberto Dueñas, ha interpuesto recurso de casación en el fondo contra esta última sentencia, y en el escrito en que lo formaliza dice:

"Fundo el recurso de casación en el fondo que tengo anunciado, en la infracción del artículo 2428 del Código Civil invocado como fundamento de mi demanda, infracción que dejé demostrada en el escrito en que expresé agravios. A pesar de haberse comprobado con las copias del cuaderno agregado que la citación de aquel artículo se hizo, se declaró vigente la hipoteca á que se refiere la inscripción de 14 de diciembre de 1852, porque esa citación no fué suficiente para producir la caducidad de esa hipoteca, desde que ella no se hizo al actual demandado."

Al fundarlo, hace una relación, prolija y detallada, de todo los antecedentes que quedan ya expuestos, rebate las observaciones del señor Fiscal de la Corte de Apelaciones á quien se oyó antes de que se pronunciara la sentencia recurrida, é insiste en que esta sentencia ha infringido la disposición del artículo 2428 del Código Civil.

La parte contraria, en el escrito en que responde á las observaciones hechas al fundarlo, pide se deseche dicho recurso y agrega:

La sentencia reclamada no ha infringido ni podido infringir ley alguna, nada tiene que ver con la litis pendiente el artículo 2428 citado por el recurrente, y, si es verdad que el síndico del concurso formado á los bienes de don Francisco Valdivieso Gormaz, pidió que se citara á los herederos hipotecarios, no lo es menos que el representante del censo no fué citado, ya que no aparece ninguna notificación al Ministerio Público ni á los patronos que debían suceder en el goce de ese censo.

Por otra parte, el censo era de grado preferente á los demás gravámenes hipotecarios que pesaban sobre el fundo acensuado, de modo que ni siquiera hubo necesidad de citar al censualista, por cuanto en la suma fijada como mínimun á la subasta, cabía de sobra el reconocimiento del capital acensuado.

Es inusitado pretender que, tratándose de un gravámen perpetuo, como es el censo, que sigue siempre al dominio de la finca acensuada, salvo la redención, se dé por extinguido.

Lo que pasó fué que hubo olvido de este censo y por eso no se mencionó siquiera en las bases del remate, ni se citó á nadie que lo representase, y por lo mismo, se repartió su producido en la forma que se hizo.

El censo, según la ley, no caduca ni se extingue sino por los medios que ella taxativamente señala, como la prescripción que ya fué desechada por sentencia de término, la destrucción de la cosa acensuada que no ha ocurrido, ó la redencion que no se verificó.

Se expidió el informe por el señor Ministro á quien correspondió el turno.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que el recurso se ha formalizado sobre la base de la infracción del artículo 2428 del Código Civil, único citado por el recurrente en el escrito respectivo, en que dice: que en este artículo fundó su demanda, y que, "á pesar de haberse comprobado que la citación de aquel artículo se hizo, se declaró vigente la hipoteca á que se refiere la inscripción de 14 de diciembre de 1852, porque esa citación no fué suficiente para producir la caducidad de la hipoteca, desde que ella no se hizo al actual demandado";

2º Que la inscripción á que se refiere el considerando anterior es la correspondiente al censo que, por la cantidad de $ 3,000 y al interés de 5 % anual constituyó don Francisco Valdivieso Gormaz en escritura pública de 7 de diciembre de 1852, censo cuya declaración de caducidad ó estinción se pide en la demanda, por haberse verificado la citación prescrita en el citado artículo 2428 del Código Civil;

3º Que la constitución del censo, de que trata el título XXVII, libro IV del Código Civil, es diferente del contrato de hipoteca contemplada en el título XXXVIII del mismo libro, y que, por consiguiente, las disposiciones relativas á la hipoteca, entre las cuales se encuentran la del artículo 2428, no son aplicable al censo;

4º Que si bien la escritura de constitución del censo debe inscribirse también como la hipoteca, los derechos de usufructo, uso, habitación, las servidumbre y otros gravámenes semejantes, en el Registro especial de hipotecas y gravámenes, esta circunstancia no importa que las disposiciones legales referentes á estas últimas instituciones sean aplicables á aquella;

5º Que las consideraciones establecidas en los dos números que preceden, toman todavía mayor fuerza si se atiende á que lo que se inscribe en una escritura de constitución del censo mismo, ó sea el acto único que subsiste por sí solo, y nó una hipoteca, obligación accesoria para garantizar el cumplimiento de una principal y que no podría tener existencia legal sin ésta, pues conforme á lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en éstas su significado legal".

6º Que, por otra parte, la índole propia del censo que, atendidas las disposiciones que á su respecto se han consignado en título especial, no admite su extinción ó caducidad sino en los casos allí mismo establecidos, en ninguno de los cuales se encuentra el actual, no permite la aplicación del ya citado artículo 2428 prescrito exclusivamente para las hipotecas;

7º Que, aunque tratándose de la prelación de créditos el artículo 2480, artículo que no se ha citado como infringido y en que no se apoya, por consiguiente, el recurso, ordena que, *para los efectos de la prelación*, los censos debidamente inscritos serán considerados como hipotecas, esta prescripción no tendría para qué tomarse en cuenta en el presente caso, en que no se trata de prelación entre diversos acreedores, sino de una cuestión sobre vigencia ó caducidad de un censo entre censualistas y censuarios;

8º Que prescindiendo aún de todas las consideraciones que preceden, suponiendo todavía aplicable á los censos la ya aludida disposición del artículo 2428 del Código Civil, la sentencia recurrida al confirmar sin modificación alguna la de primera instancia hace suyo el hecho establecido en ésta en el inciso *d* del considerando 3º de que "en el presente caso se trata de un censo debidamente inscrito con fecha anterior á las de las hipotecas en virtud de las cuales fué rematado el fundo acensuado", y, por consiguiente no sería posible aceptar en derecho que ese censo pudiera sufrir menoscabo alguno por gravámenes que con posterioridad se le hubiesen impuesto al mismo predio acensuado;

9º Que todavía y bajo la misma suposición á que se refiere el considerando anterior, la notificación de que trata el ya aludido artículo 2428 del Código Civil, no se habría verificado con relación á las personas que legalmente debieron tomar conocimiento de esa situación jurídica, pues si bien aparece practicada una diligencia de notificación al concursado mismo, que á la vez era el censualista, tratándose de un censo de trasmisión forzosa y con cargos á favor de una obra pía debió notificarse también al Ministerio Público y al defensor público respectivo, en conformidad á lo dispuesto en los artículos 2036 y 2037 del citado Código y 296 y 297 de la ley de 15 de octubre de 1875, ya que si el caso no está especialmente considerado en el título que trata de la constitución del censo, por la razón antedicha de que esta forma de caducidad no es legal, habría por lo menos perfecta analogía con los casos contemplados en aquellos artículos; y

10. Que atendido lo expuesto en los considerandos anteriores no aparece la infracción legal en que se funda el recurso.

Visto además lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso con costas.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el Ministro señor Gaete.—El Ministro señor Saavedra desecha el recurso fundándose sólo en los tres últimos considerandos de esta sentencia. Y el Ministro señor Varas, en los siete primeros.—*Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Gabriel Gaete.— Cárlos Varas. — Abel Saavedra — A. Vergara Albano.—J. Bernales.*

— ——

Cas. en la forma.—10 de julio de 1906 y cas. en el fondo.—1º de diciembre de 1906

Banco Santiago con Banco de Concepción

Improcedencia.—Vicios no reclamados.—Causales de casación; cuestiones no discutidas.—Apreciación.—Mandato.

DOCTRINA:—*No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera, por vicios que, en el supuesto de existir, se habrían cometido en ésta, y de que no se reclamó oportunamente, no pudiendo estimarse como reclamación suficiente el hecho de que el abogado los hiciera presente en el alegato de la causa.*

No pueden dar fundamento á causales de casación las cuestiones que no han sido discutidas en el curso del juicio, y que por este motivo no han podido ser tomadas en cuenta en el fallo recurrido.

Es soberana la apreciación del tribunal sentenciador que establece que el mandatario ha extralimitado sus funciones, y aunque se la suponga errada no puede dar márgen al recurso de casación si no altera la naturaleza jurídica del contrato.

———

En la ejecución seguida por el Banco Santiago contra la sucesión de don Roberto Anguita, por la cantidad de $ 36.857,80, procedente de un contrato de cuenta corriente que el expresado Anguita había celebrado con el Banco ejecutante, se hizo la traba en las hijuelas de terreno del fundo denominado Chufquén números 1040, 1042, 1043, 1056 y 687, ubicadas en el departamento de Traiguén é hipotecadas al acreedor en garantía del contrato que ha servido de título á la ejecución.

Seguido el juicio por sus trámites legales, se procedió á la subasta de las hijuelas embargadas, las que fueron adquiridas en 26 de septiembre de 1900 por don Federico Varela en la cantidad de $ 82.000.

En 28 de noviembre del año que acaba de indicarse, se presentó don Benjamín Errázuriz, Director Jerente del Banco de Concepción, exponiendo: que se había rematado el fundo Chufquén, el que según la escritura pública que exhibía, estaba hipotecado á favor del Banco su representado en garantía de una deuda de $ 60.000 y sus intereses.

Aunque la hipoteca á favor del Banco Santiago es anterior á la constituida á favor del Banco de Concepción, aquella no podía tener efecto sino hasta la cantidad de $ 20.000 que importaba el crédito que según contrato de cuenta corriente tenía el Banco Santiago con don Roberto Anguita y los intereses correspondientes á dicha cantidad desde la conclusión de esa cuenta, pues si bien don Lisandro Anguita, mandatario de don Roberto, hipotecó ese fundo á favor del Banco Santiago, también en garantía de cualquiera otra obligación que contrajese su mandante, tal hipoteca carecía de eficacia, porque don Lisandro no tenía facultad para otorgarla.

En consecuencia, cubierto el valor de la cuenta corriente en la forma que ha indicado, el Banco de Concepción tenía derecho preferente para pagarse de su crédito con el saldo del precio del fundo Chufquén, y para que así se declarase entablaba tercería de prelación, y pedía se diera lugar á ella.

La tercería del Banco de Concepción siguió el curso que señalaba la legislación procesal vigente á la fecha en que fué entablada, y en el comparendo á que fueron citadas las partes concurrió solo el representante del Banco Santiago, quien se limitó á expresar que se la desechara, con costas, por ser anterior la hipoteca á favor de su mandante y porque garantizaba toda la deuda.

Sin embargo, en el escrito presentado por el representante del Banco Santiago después del comparendo ya referido, adujo dicho procurador las siguiente observaciones para que se las considerara al tiempo de fallar la causa.

Don Roberto Anguita confirió poder especial á su hijo don Lisandro para que á su nom-

bre contratara un empréstito en el Banco de Concepción por la suma que creyera conveniente y con la garantía de las hijuelas números 1040, 1041, 1042, 1043 y 1056.

El mandatario don Lisandro en vez de señirse á las instrucciones determinadas en el poder que se había conferido, celebró el contrato que difiere esencialmente de aquel. En efecto, no contrajo el préstamo para su mandante, sino para él personalmente y para don Roberto por la cantidad de $ 60.000, agregando en garantía de la deuda otras hijuelas y además el fundo Trigal.

Por consiguiente, el Banco de Concepción no tiene crédito líquido y exigible contra la sucesión Anguita, pues aún en el supuesto de que la escritura de mutuo fuera válida respecto de esa sucesión, debería previamente establecer si las propiedades dadas en garantía por don Lisandro Anguita, en lo que exceden del mandante alcanzan ó no á cubrir la deuda, como también habría que establecer previamente la división de la deuda, entre don Roberto y don Lisandro Anguita, si es divisible ó no y su proporción para el pago.

Carece de base la observación del tercerista relativa á que don Lisandro no tenía poder de don Roberto para obligar á este en la forma en que lo hizo á favor del Banco Santiago, ya que estaba facultado expresamente para fijar el monto de la cuenta corriente y obligarlo en la forma que estimara conveniente; lo que hizo fijándola en la cantidad de $ 20.000, y agregó que para garantir también el pago de cualquiera suma que deba al Banco en exceso de aquella, sea como ampliación del crédito ó en documento separado, constituye hipoteca, etc., etc.

El representante del Banco de Concepción insiste en que don Lisandro Anguita extralimitó el poder que recibiera de don Roberto al hacer extensiva la hipoteca á favor del Banco Santiago á otras obligaciones de éste, ya fuesen por exceso de la cuenta corriente, pagarées ú otros créditos, sin sujetarse así á lo dispuesto en el artículo 2131 del Código Civil. En consecuencia, todo lo hecho por don Lisandro fuera de los límites del mandato es nulo y de ningún valor.

Además una vez suscrito por don Lisandro Anguita el contrato de cuenta corriente, terminaba su mandato por el desempeño de la comisión que le fué conferida, con arreglo al número 1.º del artículo 2163 del Código Civil, y no pudo después ejercitar acto alguno que comprometiera á don Roberto, hipotecando como lo hizo las propiedades de éste para garantir el exceso de cuenta ú otras obligaciones.

En cuanto á que don Lisandro extralimitara facultades respecto del poder que recibiera de don Roberto para contratar con el Banco de Concepción, le bastará observar que aquel no necesitaba autorización de nadie para obligarse personalmente al mismo tiempo que su padre don Roberto, ni para hipotecar bienes de su exclusivo dominio al propio tiempo que hipotecaba los que se le habían designado.

Al comparendo para la vista de la causa sólo asistió el procurador del Banco Santiago quien se concretó a pedir que se negara lugar á la cuenta.

El Juzgado de Concepción falló el 20 de julio de 1900.

Por lo relacionado y teniendo presente:

Que don Lisandro Anguita estaba facultado por don Roberto del mismo apellido, según los términos del mandato, para que firmara un contrato de cuenta corriente que tenía celebrado con el Banco de Santiago, ejecutante; para que hipotecara entre otras, las hijuelas números 1040, 1042, 1043, y 1056 que determina; para que fijara la cuantía de dicha cuenta corriente y para que se obligara en la mejor forma que lo creyera conveniente;

Que en ejercicio de ese mandato don Lisandro Anguita firmó el contrato de cuenta corriente, fijando su cuantía en $ 20.000, obligándose á pagar la deuda, intereses y comisiones en la forma que en él se establece, y al otorgar la hipoteca sobre las hijuelas mencionadas en el considerando anterior la hizo extensiva en conformidad al poder aludido, dice, á la garantía del pago de cualquiera suma que su mandante deba al Banco de Santiago en exceso de aquella, sea como ampliación del crédito en cuenta corriente ó en documentos separados;

Que en mérito de lo expuesto en los considerandos anteriores, don Lisandro Anguita

excedió manifiestamente los términos de su mandato, al hacer extensiva la hipoteca á otras obligaciones que no fueron las contraídas en la cuenta corriente que estaba encargado de firmar, fijar su monto y obligarse á pagar, en la mejor forma que creyere conveniente según el texto de dicho mandato;

Que el tercerista ha justificado con la escritura pública inscrita, que el mismo don Lisandro Anguita con poder bastante de don Roberto Anguita, hipotecó á su favor, entre otras hijuelas, las indicadas en el considerando 1.°, en garantía del mutuo hipotecario de que da constancia la escritura aludida.

Por estos fundamentos y conforme á lo dispuesto en los artículos 2131, 1448 y 2477 del Código Civil, se declara que ha lugar á la tercería en cuanto el Banco de Concepción tiene derecho preferente para cubrirse del crédito á que se refiere el último considerando, respecto del Banco de Santiago, y sobre el saldo que resulte del precio de venta de las hijuelas designadas en el considerando 1.°, después de pagado el crédito, intereses y comisiones constantes del contrato de cuenta corriente mencionado. No ha lugar á lo demás pedido.—*Salas.*

Apelada esta resolución:

Concepción, 29 de julio de 1904.—Se confirma la sentencia apelada de 20 de julio de 1901, con costas del recurso.—*E. Egaña.—Juan N. Parga.—Exequiel Figueroa.*

Contra esta última sentencia se dedujeron por el mismo Banco ejecutante los recursos de casación en la forma y en el fondo y formalizando el primero, pidió que se invalidara la sentencia reclamada, en virtud de las causales invocadas que en síntesis se reducen:

1° A que el Tribunal de Alzada infringió el número 8° del artículo 2° de la ley de 1° de marzo de 1837, los números 4° i 6° del artículo 193 i el número 4° del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, ó sea había fallado *ultra-petita*, por haber hecho extensiva la tercería á una hijuela de terrenos que no estaba hipotecada al Banco de Concepción;

2° A que se incurrió por los jueces del fondo en el mismo vicio indicado en la causal anterior, concediendo al tercerista más de lo pedido, por el hecho de reconocerle preferencia para pagarse con el producto del remate de la hijuela número 687, que no le estaba hipotecada;

3° A que se omitió la decisión del punto controvertido, por no haberse pronunciado la Corte de Concepción en modo alguno acerca de la eficacia del contrato de mutuo celebrado por don Lisandro Anguita con el Banco de Concepción, atendidos los términos del poder de don Roberto Anguita con que actuó en ese contrato su hijo don Lisandro Anguita. Con esto se han infringido, á juicio del recurrente, el artículo 3° de la ley de 12 de septiembre de 1851, los números 4°, 5° y 6° del artículo 193 y el número 5° del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 5° de la citada ley de 12 de septiembre de 1851, y los artículos 1° y 15 de la ley de 1° de marzo de 1837;

4° A que la sentencia impugnada es contradictoria, por no haber congruencia entre su parte dispositiva y algunos de sus considerandos, incurriéndose así en los mismos vicios que se han indicado en el párrafo anterior.

La Corte:

Considerando:

1° Que la sentencia recurrida confirmó en todas sus partes la que se había dictado en la primera instancia del juicio, aceptando así no sólo sus considerandos sino también su parte resolutiva; por lo que todos los vicios o defectos que el recurrente atribuye al primero de esos fallos, se habrían cometido en el último, en el supuesto de que existan;

2° Que tanto con arreglo á la ley de 1° de marzo de 1837, en su artículo 15, como con sujeción al artículo 946 del Código de Procedimiento Civil, para que pueda ser admitido el recurso de nulidad, ó sea actualmente el de casación en la forma, es indispensable que el que lo entabla haya reclamado de la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley; y

3° Que el Banco de Santiago no reclamó en tiempo oportuno y en forma legal de los vicios ó defectos de que pudiera adolecer la sentencia de primera instancia, sin que baste

para subsanar esa omisión la circunstancia consignada con posterioridad en el escrito de formalización del recurso de que el abogado lo hubiera hecho presente en estrados, durante los alegatos de la causa.

Visto además lo dispuesto en los artículos 937, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en la forma á que esta sentencia se refiere.

Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabárren.—*Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.— A. Vergara Albano.*

Formalizando la parte recurrente el recurso de casación en el fondo, dice: las hijuelas embargadas en el juicio ejecutivo y sobre las cuales se ha interpuesto tercería pertenecían al Fisco y fueron subastadas por don Roberto Anguita pagando la tercera parte al contado, y quedaron gravadas con primera hipoteca á favor del vendedor por el resto del precio insoluto, gravamen que estaba inscrito, según el certificado, dos años antes que se constituyera la hipoteca á favor del Banco de Concepción.

Esta institución tenía conocimiento de que sobre esas hijuelas pesaban dos gravámenes anteriores, el del Fisco y el del Banco Santiago, y, por consiguiente, según los artículos 1491 y 2416 del Código Civil, la hipoteca constituida á favor del Banco de Concepción estaba sujeta á resolución, ya que el gravámen á favor del Fisco constaba del mismo título de dominio de don Roberto Anguita y el expresado Banco está, pues obligado por lo mismo á permitir que se pague con preferencia la hipoteca ya referida, que garantiza el crédito del Fisco.

Ahora bien, el Banco recurrente ha pagado ese crédito del Fisco, según consta de las escrituras públicas de cancelación teniendo para ello presente á más de las disposiciones legales ya citadas lo preceptuado en los artículos 1871 y 1873 del Código Civil. El Banco de Concepción pretende aprovecharse de este pago hecho al primer acreedor hipotecario por medio de la tercería interpuesta, de tal modo que dándose lugar á ella el Banco recurrente, no obstante su calidad de acreedor hipotecario preferente, no obtendría ni aún el pago hecho al Fisco como primer hipotecario cuyos derechos representa por subrogación. Ha infringido por eso la sentencia los artículos 1491, 2410, 2428, 2477 del Código Civil y 513 y 948 del Código de Procedimiento Civil. Por otra parte, el mandatario don Lisandro Anguita obró dentro de su poder al celebrar el contrato de cuenta corriente con el Banco Santiago por cuanto estaba facultado para fijar el monto de dicha cuenta y para obligar á su mandante en la mejor forma que lo creyera conveniente, como también para garantir con la hipoteca el pago de cualquiera cantidad como ampliación ó sobre-giros de esa cuenta corriente. De modo que al limitar la sentencia la preferencia del Banco Santiago sólo á los $ 20.000 intereses y comisiones sean violados los artículos 1448, 2116, 2428, 2477 del Código Civil, 940 del Código de Procedimiento Civil, infracción que como las anteriores ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Además es evidente que don Lisandro Anguita al celebrar el contrato de préstamo con el Banco de Concepción estralimitó su mandato, porque estaba facultado para contratar á nombre de su mandante hipotecando las hijuelas que se mencionan en dicho poder que son las mismas hipotecadas anteriormente al Fisco y al Banco Santiago; pero no lo estaba para beneficiarse personalmente como lo hizo, obteniendo un préstamo de $ 60.000, constituyéndose él también deudor y dando en garantía otras propiedades suyas. Esta deuda no está liquidada, se ignora que abonos se han hecho por los deudores ó por cada uno de ellos y si la obligación y garantías son solidarias ó divisibles. Se ignora que suma recibió don Roberto Anguita de esos $ 60.000 y por cuantos responden las garantías hipotecarias que por él dió su mandatario. Como quiera que se examine esta cuestión, que no ha sido tocada en la sentencia ni en la de la Corte de Apelaciones, resultará que se han infringido por este capítulo los artículos 2131, 2132 y 2133 del Código Civil y en general todos los de ese título concernientes á las obligaciones y deberes del mandatario respecto

de su mandante y de terceros y especialmente los artículos 2145, 2146 del mismo Código, infracción que ha influido en los fallos pronunciados en esta causa al reconocer preferencia para el pago de este crédito.

En el escrito de fundación del recurso se han reproducido fielmente el de formalización agregándose sólo que también se han infringido los artículos 1545 y 1546 del Código Civil.

Respondiendo la parte recurrida al escrito de fundación, pide que se niegue lugar al recurso en virtud de las siguientes observaciones. Se citan como infringidos los artículos 1491, 2413 y 2428 del Código Civil y 513 y 940 del Código de Procedimiento Civil, pero ninguna de estas disposiciones legales ha servido de fundamento al fallo recurrido. La cita de tales artículos es impertinente, no guarda congruencia con la materia debatida y estaría bien para escribirlas en una instancia de apelación mas no de casación. Ha pasado la oportunidad legal de entrar á discutir aspectos de la cuestión que no se plantearon ni debatieron en la época debida. El Banco recurrente sostiene que don Lisandro Anguita estralimitó el mandato que tenía de don Roberto Anguita para contratar con el Banco de Concepción y que al aceptar la sentencia la preferencia del crédito derivado de ese contrato, ha infringido los artículos 2131, 2132, 2133 y 2148 del Código Civil. Desde luego la cuestión de si el mandatario extralimitó sus poderes es de mera apreciación y el fallo que declare una ú otra cosa no admite casación. Por lo demás, don Lisandro Anguita no necesitaba autorización de nadie para obligarse personalmente al mismo tiempo que su padre don Roberto, ni para hipotecar bienes de su exclusivo dominio, al mismo tiempo que hipotecaba los que le habían designado. La deuda fué contraída por don Roberto y don Lisandro Anguita y éste tenía poder bastante para ello, puesto que no se excedió de los límites de su mandato, tenía poder para contratar un préstamo y fijar la suma y esa suma es la mitad de la deuda contraída en común ya que no se expresó la cuota de cada deuda. La sentencia no ha infringido pues el artículo 2131 del Código Civil y respecto de las demás disposiciones que se citan como violadas en cuanto el fallo comprende también el poder para contratar con el Banco de Concepción, ni siquiera se han invocado en el fallo expresado. En lo concerniente al préstamo del Banco Santiago, la sentencia ha resuelto que el mandatario extralimitó sus facultades y ésta es una cuestión de hecho que está sujeta á la apreciación del tribunal sobre lo cual no cabe casación; por lo demás es evidente que habiéndose conferido el poder sólo para suscribir un contrato privado de cuenta corriente el mandatario no estaba facultado para reconocer otras obligaciones diversas y obligar á mandantes con hipoteca para responder del cumplimiento de tales obligaciones. Tampoco ha existido la infracción que se supone del artículo 2477 del Código Civil en cuanto se atribuye el Banco recurrente el carácter de subrogatario del crédito del Fisco por el valor de las hijuelas subastadas; porque no habiéndose invocado tal derecho durante el juicio la sentencia no ha podido tocar esta materia. Aún más, no se sabe con exactitud si está inscrita la hipoteca á favor del Fisco, pues los certificados que se registran en autos sobre el particular son contradictorios. Se da también como infrinjido el artículo 1448 del Código Civil sin expresarse el motivo fundamental de esta infracción.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la alegación de existir un crédito hipotecario de primer grado á favor del Fisco procedente del precio del primitivo remate de las hijuelas de terreno números 1040, 1042, 1043 y 1046 del fundo denominado Chufquén y de hallarse subrogado el Banco Santiago al Fisco en ese crédito por haberlo cancelado según consta en las escrituras públicas del expediente ejecutivo, fué traída por primera vez al debate en este juicio sólo en el escrito de formalización del recurso de casación en el fondo, sin que tal alegación se haya siquiera insinuado en las diversas solicitudes del expresado Banco que se han presentado en el curso de la causa, siendo de notar además que la cancelación del crédito del Fisco por el Banco Santiago tuvo lugar aún con

posterioridad á la sentencia de primera instancia, como lo manifiestan las fechas de esas escrituras y la del fallo indicado;

2º Que por consiguiente no habiendo podido ser materia de las sentencias dictadas en el juicio lo relacionado con el crédito fiscal y con la cancelación por el Banco Santiago, y ya que aquellas han debido pronunciarse conforme al mérito del proceso, según el precepto del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, carece de todo fundamento legal el motivo de casación que se invoca de haber infringido el Tribunal de Alzada, por no haber aceptado la preferencia de ese crédito, los artículos 1491, 2416, 2428, 2497 del Código Civil y 513 del Código de Procedimiento Civil que acaba de citarse, disposiciones legales todas que aún en la hipótesis de que tuvieran alguna conexión con el asunto de que se trata y con las consecuencias jurídicas que de ellas pretende derivar el recurrente, no se han infringido por el Tribunal porque éste nos las ha aplicado en su fallo ni ha podido tampoco aplicarlas, dadas las condiciones en que se ha desarrollado la litis;

3º Que en cuanto al préstamo que contrató don Lisandro Anguita en el Banco de Concepción, objetado por el Banco de Santiago por haber don Lisandro extralimitado las facultades que le otorga su mandante don Roberto Anguita, pactándolo también á su propio nombre y ofreciendo al prestamista en garantía del crédito propiedades del mismo mandatario, este punto como lo declara el recurrente en el escrito de formalización no fué tocado en la sentencia de primera instancia ni en la de segunda que se limitó á confirmar el fallo apelado, circunstancia que dió margen al recurso de casación en la forma por haberse omitido la decisión en esta parte del asunto controvertido, recurso que ya fué desechado por la resolución; en consecuencia no habiéndose pronunciado el Tribunal de Alzada acerca de la materia de que se trata no cabe tampoco la infracción de los artículos 2131, 2132, 2133, 2134 y 2147 del Código Civil relativos al mandato que se citan por el recurrente co-
'olados por las sentencias de que se re-

e el Tribunal de Alzada, ejercitando una facultad que le es privativa, ha estimado en vista de los antecedentes de la causa y de los documentos exhibidos por las partes que el mandatario don Lisandro Anguita extralimitó el poder que recibiera de don Roberto Anguita, al hacer extensiva la hipoteca de las hijuelas de terrenos pertenecientes á su poderdante también para garantir á favor del Banco Santiago el exceso sobre la cantidad de $ 20.000 de la cuenta corriente pactada por el documento de fecha 15 de junio de 1888, y aún cuando se suponga errada acerca de este hecho la apreciación del Tribunal que confirmó la sentencia de primera instancia acogiendo sus fundamentos, este error que no altera la naturaleza jurídica del contrato ni viola disposición legal alguna, no podría dar origen á un recurso de casación en el fondo, según el artículo 940 del Código citado.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo interpuesto á nombre del Banco Santiago en este juicio, debiendo aplicarse á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Bernales.

J. Gabriel Palma Guzmán.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.—E. Doncso V.—Darío Benavente.

———

Cas. en la forma.—11 de marzo de 1907

Prado v. de Rivera con Villalón v. de Rivera

Sentencia confirmatoria — Enunciaciones.—Modificación de la sentencia de primera instancia. — Reducción de pensión alimenticia.

DOCTRINA:—*Cumple con las enunciaciones legales la sentencia de segunda instancia que, al confirmar la de primera instancia que manda pagar una pensión alimenticia, se refiere explícitamen-*

te á ella; y no necesita agregar nuevas consideraciones para el sólo efecto de reducir el monto de la pensión.

El 24 de diciembre de 1904, doña Juana Emilia Prado v. de Rivera, como guardadora de sus hijos impúberes Héctor, Marta Elba, Luisa, Angel Domingo, Vital Alberto y Luis Ernesto Rivera Prado, se presentó demandando á doña Concepción Villalón v. de Rivera, para que en definitiva se declare que esta señora debe entregarle por mesadas anticipadas para atender á la cóngrua sustentación, instrucción primaria y aprendizaje de una profesión ú oficio de los mencionados pupilos, una suma que no baje de $ 200 mensuales, consignándose al efecto el capital que al tipo del interés corriente sea bastante, á juicio del Juzgado, para producir mensualmente la referida suma, ú otorgando caución hipotecaria debidamente calificada.

Expone que carece en absoluto de recursos para la mantención de sus hijos, quienes nada han heredado de la cuantiosa fortuna de su abuelo don Domingo de la Rosa Rivera, porque el padre de ellos y marido de la exponente, don Misael Rivera Villalón, firmó poco ántes de morir una escritura de venta de su cuota hereditaria á favor de la señora Villalón demandada; y que ésta posee bienes por valor de $ 50.000 más ó menos, no teniendo más gastos que los concernientes á su persona.

Cita los artículos 321 número 2º, 323 inciso 4º, 324, 341 y 332 del Código Civil.

Advierte que uno de sus pupilos, Angel Domingo, está al lado de la señora Villalón, y no ha querido reclamarlo por no tener como alimentarlo.

Contestando la señora Villalón acepta la demanda; pero únicamente en cuanto á que debe suministrar para sus seis nietos la pensión alimenticia de $ 30 mensuales pagaderos por mensualidades anticipadas.

Dice que siempre ha socorrido á sus nietos con dinero y especies, en conformidad á la posición social de ellos y á las entradas de ella, que no alcanzan á $ 150 mensuales, pues sus bienes están gravados con una hipoteca de $ 9.000, y además mantiene á su lado á uno de dichos nietos, por lo cual, no debe exigírsele mayor pensión que la indicada.

En la réplica nada conducente se agrega, y en la dúplica sólo se hace presente que al fijar la cuota alimenticia debe tomarse en cuenta las necesidades y circunstancias domésticas de la alimentante; que el valor de sus bienes propios no exceden de $ 30.000; que los posee en común con dos de sus hijos; que son raíces y no renta lo mismo que el dinero, sino mucho menos, pues requieren gastos de administración y pagos de impuestos.

Se recibió la causa á prueba rindiéndose la que obra en autos, y previos los alegatos, se citó para la sentencia.

El Juzgado de La Serena falló el 10 de abril de 1906:

Considerando:

1º Que la demandada reconoce como sus nietos legítimos á los seis hijos y pupilos de la demandante, lo que consta además de los certificados corrientes;

2º Que no se ha comprobado ni alegádose siquiera que la demandante ó sus pupilos posean bienes de alguna clase;

3º Que de la escritura de partición corriente aparece que, deducidas las deudas, el haber líquido que correspondió á la señora Villalón fué de $ 34.104, que se le adjudicó casi totalmente en bienes raíces y animales y enseres para explotarlos;

4º Que la demandada confiesa en la respuesta al alegato de bien probado, que posee además una media hijuela que heredó posteriormente de su hijo Neftalí, estimada en $ 5.860;

5º Que la demandante no ha acreditado qué renta produzcan esos bienes;

6º Que tampoco lo ha acreditado la demandada, pues los testigos que con este objeto presentó, sólo revelan conocer dos ó tres de sus predios, siendo que en la partición se le adjudicaron total ó parcialmente más de quince;

7º Que es equitativo estimar en $ 225 mensuales la renta líquida que producen esos bienes, esto es aproximadamente el 7 % anual del valor de ellos;

8º Que la demandada no ha probado tener cargas de familia, pues aunque varios de sus

testigas dicen que mantiene á una hija soltera, de la partición aparece que dicha hija heredó mas de $ 15.000, teniendo por consiguiente, como subsistir comódamente con sus propios recursos, y aunque está reconocido por la demandante que mantiene también á uno de los nietos, esto no es una carga permanente, sino que durará sólo hasta que dicho niño vuelva al lado de su madre;

9º Que si bien la instrucción puede obtenerse gratuitamente en los establecimientos del Estado, por muy económica y modestamente que viva una familia compuesta de seis personas no puede gastar mensualmente menos de $ 25 en habitación y de $ 15 en la comida y vestidos de cada una de ellos;

10. Que está acreditado con varios testigos que la señora Villalón es anciana y enferma

11. Que dicha señora ha estado pagando por decreto judicial la pensión provisoria de $ 80 mensuales para los cinco nietos que están al lado de la demandante.

12. Que la demandante no ha aducido y menos comprobado fundamento que hagan necesarias la consignación ó caución que también solicita en la demanda.

Por tanto, y con arreglo á lo dispuesto en los artículos 1698, 321, número 2º, 322, 323 inciso 1º y 333 del Código Civil, se declara:

1º Que doña Concepción Villalón v. de Rivera debe suministrar á la demandante la pensión alimenticia de $ 105 mensuales pagaderos por mensualidades anticipadas desde el 24 de diciembre de 1904, siéndole de abono $ 15 mensuales desde la misma fecha hasta que el impúber Angel Domingo Rivera vuelva al lado de la demandante y las cantidades que haya pagado por alimentos provisorios; y

2º Que no ha lugar á lo demás pedido en la demanda.

Apelada esta resolución:

Serena, 10 de agosto de 1906. — Vistos: Se confirma la sentencia apelada de 10 de abril último, con declaración de que se reduce á $ 90 la pensión alimenticia que doña Concepción Villalón de Rivera debe suministrar á los hijos de doña Emilia Prado de Rivera, siéndole de abono los $ 15 que mensualmente gasta en la alimentación del impúber Angel Domingo Rivera, desde la fecha indicada en la referida sentencia y mientras el mencionado impúber permanezca á su lado.

El señor Ministro Cádiz estuvo porque se redujera á $ 80 la pensión en referencia. —*Máx. E. Abalos—Eduardo Gómez Herrera.—Daniel Cádiz.—D. Navarro Ocampo.*

Contra esta última sentencia ha interpuesto, con arreglo á la ley doña Emilia Prado v. de Rivera los recursos de casación en la forma y en el fondo.

Formalizando el primero de dichos recursos dice lo siguiente:

El artículo 941 del Código de Procedimiento Civil establece como causal de casación en la forma respecto de una sentencia la de haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 193 del mismo Código. Según este artículo las sentencias que modifican las de primera instancia deben referirse á éstas respecto á las enunciaciones de los tres primeros números y mencionar expresamente, como lo disponen los números 4 y 5 los fundamentos de hecho ó de derecho en que se apoyan, y las leyes ó principios de equidad con arreglo á las cuales han sido pronunciadas.

La sentencia recurrida ni se refiere á las enunciaciones de la de primera instancia ni contiene fundamento alguno de hecho ó de derecho, ni ley ni principios de equidad de los que hayan determinado al Tribunal sentenciador á modificar el fallo del juez *a quo*.

La Corte:

Considerando:

1º Que la sentencia recurrida se refiere de un modo explícito á la de primera instancia, pues, no sólo la confirma sino que la señala en su fecha y foja y por consiguiente cumple en este punto con la formalidad prescrita por el inciso final del artículo 193 del Código de Procedimiento Civil; y

2º Que siendo de la mera apreciación de los jueces del pleito la regulación de las pensiones alimenticias mandadas pagar en el fallo recurrido, no era necesario agregar nuevas consideraciones á las ya aceptadas del fallo de primera instancia para el solo efecto de reducir el monto de dichas pension

Visto además los artículos 937 y 973 del mencionado Código se declara sin lugar el presente recurso de casación en la forma sin costas, por haber litigado el recurrente con privilejio de pobreza. Pásense los antecedentes al Tribunal pleno.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia. — Galvarino Gallardo. — Gabriel Gaete.—E. Fóster Recabarren.*

———

Cas. en la forma.—13 de marzo de 1907

Urzúa con Letelier

Casación en la forma.—Incompetencia.—Ultra-petita.—Condenación en costas.

DOCTRINA:—*Procede sin competencia y falla ultra-petita el Tribunal de Alzada que condena á una de las partes en las costas causadas en primera instancia, revocando en este punto el fallo apelado, sin que el apelante haya formulado á este respecto petición alguna en la expresión de agravios.*

———

Don Roberto Urzúa, hace presente: que según consta del discernimiento acompañado, don Pedro Nolasco Letelier fué nombrado su curador general con la fianza solidaria de don Romilio Letelier.

Que según consta del testamento signado con la letra C, don Baltazar Urzúa le dejó un legado de $ 15.000 que su curador don Pedro N. Letelier recibió, según aparece del recibo signado con la letra E.

Que cumplió su mayor edad el año 1902 y que no habiéndole rendido cuenta de esos bienes, lo demanda para que se declare: 1º que don Pedro N. Letelier debe rendirle cuenta dentro de quinto día, bajo apercibimiento de derecho; 2º que don Romilio Letelier como fiador y codeudor de don Pedro N. Letelier debe entregarle los bienes que le corresponden; y 3º que el mismo don Romilio debe pagar las costas.

Don Pedro N. Letelier rindió su cuenta administratoria. Según esa cuenta ascienden las salidas á la suma de $ 15.780 y las entradas á $ 15 323,85, quedando en consecuencia, un saldo de $ 456,20 á favor del ex-curador.

Esta cuenta fué objetada por don Roberto Urzúa en la forma siguiente:

ENTRADAS

El señor Pedro Nolasco Letelier, en su cuenta, ha omitido computar los intereses devengados del capital de $ 15.323 que recibió cuando se hizo cargo de la curatela durante el tiempo que ejerció este cargo.

SALIDAS

Que acepta las cuentas documentadas signadas con los números 1, 2, 3, 4.

Que respecto de la cuenta número 5 por $ 58,60 la acepta hasta por $ 53,60 porque no ha recibido en dinero la suma de $ 5.

Respecto de los recibos números 6 y 7 por $ 100 y 200 que en la cuenta se dicen pagados á don Eduardo Letelier, hace presente que todos los gastos causados en el proceso que se le siguió con motivo de la muerte de Camilo Franzoy, incluyendo los honorarios de los abogados Bustos y Palomino ascienden sólo á la suma de $ 1.019,45, según consta de la planilla que acompaña; que en esta suma se incluyen también los gastos que se causaron con motivo de las diligencias en Constitución y en Santiago de que se habla en la cuenta.

Del recibo número 8 sólo acepta la cantidad de $ 300 que aparecen recibidos por doña Antonia Montecinos, pero no acepta los $ 200 que aparecen en el mismo recibo con letra roja y después de la firma de la señora mencionada.

Que el recibo número 9 por $ 66,15 no lo acepta, porque su ex-curador debió pagar el honorario de su abogado con oportunidad,

sin necesidad que éste lo demandase con el fin de pagarse.

Que no acepta el recibo número 10 por $ 112,35, porque esta cantidad procede de costas ocasionadas en una causa criminal seguida personalmente en contra de su ex-curador y además porque esta cuenta aparece repetida, aunque con la cantidad de $ 135,35 en el acápite de salidas de la cuenta. Que no acepta la cuenta número 11 por $ 130,50, porque según consta de la carta y cuenta que acompaña no ha sido cancelada hasta la fecha y además en ningún caso estaría obligado á pagarla por estar prescrita.

La cuenta número 12 por $ 114,40 no tiene respecto de ella que hacerle observación.

La cuenta número 13 por $ 143,95 la acepta con deducción de $ 10 que se han pagado por intereses.

El recibo número 14 por $ 100 pagados al doctor Fernández en abril de 1905, no lo acepta porque en esa fecha ya era mayor de edad y el curador no tenía facultad para hacer este pago en todo caso, esa cuenta estaría prescrita.

El recibo número 15 por $ 250 no lo acepta, porque ese gasto procede de honorario pagado al abogado don Nibaldo Armas, en el juicio seguido por doña Domitila Ramírez en contra del curador para que éste le pagara la mesada de $ 25 mensuales que el demandante debía pagarle conforme á lo resuelto por sentencia ejecutoriada; que por consiguiente no está obligado á reconocer estos gastos, por cuanto el curador debió haber pagado oportunamente la mesada y sin necesidad de juicio.

Que no acepta el recibo número 16 por $ 200 pagados á don Constantino Letelier por las mismas consideraciones que expresa con motivo del recibo número 9 y además porque en aquel recibo se habla de otros trabajos profesionales que no especifican y que desconoce.

Que acepta la cuenta número 17 por $ 35,70 por pagos á la botica del señor Castro.

Que no acepta la cuenta número 18 por $ 16,65 por estar incluida esta cantidad en la cuenta anterior.

Que no acepta la cuenta número 19 por $ 39,70, por referirse á gastos personales hechos por don Pedro N. Letelier como aparece de la misma cuenta; que además figura en ella una partida de $ 20 en dinero efectivo que no ha pedido nunca al señor Castro.

Que no acepta la cuenta número 20 por 36,70 á favor del señor Castro y Cª porque no se refiere sino á gastos ocasionados por el propio señor Letelier, como se desprende de la misma cuenta.

Que no acepta tampoco la cuenta número 21 por $ 55,85 pagados al procurador señor Mátus porque no puede responder de gastos causados por su curador, por no haber cumplido oportunamente con la sentencia que le ordenó que debía pagar una mesada á doña Domitila Ramírez v. de Franzoy.

Que acepta la cuenta número 22 por $ 113,40 pagados á don Vicente Garcés.

Cuentas sin documentación.

Que no acepta la cuenta de $ 613,61 procedentes de gastos causados en el expediente tramitado por don Valeriano Rojas, porque ese expediente lo siguió el señor Rojas en contra de Letelier por no haber pagado éste con oportunidad el precio de ropa hecha para él y su pupilo; que no está obligado á cargar con gastos debidos únicamente á la desidia del curador, desde que tenía dinero para pagar esos gastos.

Que la suma de $ 3.565,14 que el señor Letelier afirma pagó á doña Domitila Ramírez v. de Franzoy en razón de mesadas alimenticias que debía entregar á virtud de sentencia ejecutoriada, no la acepta, porque las pensiones según la sentencia eran de $ 25 mensuales y ascienden por consiguiente á la cantidad de $ 2.415,17, puesto que dichas pensiones fueron devengadas entre el 6 de noviembre de 1893 y el 25 de de noviembre de 1901, fecha en que falleció la señora Ramírez, según consta de la partida de defunción que acompaño.

Que respecto á la cuenta por $ 796,10 que se dicen gastados en el juicio que se le siguió por homicidio están incluidos en la cuenta de gastos causados en el mismo proceso que acompaña, y que asciende á la suma de $ 1.019,45;

Que no acepta la cuenta por $ 134,35 que

se dicen gastados en el juicio seguido en contra del señor Letelier por atentado en contra de agentes de la autoridad, porque nada tiene que ver con estos gastos;

Que no acepta la cuenta por $ 801,10 que se dicen gastados en el juicio seguido por don Pedro Bustos por cobro de honorario por los mismos motivos que expresó al objetar el recibo número 9; que respecto á los $ 700 que se pagaron de honorarios al señor Bustos, los aceptó y de ellos $ 150 los ha tomado en la cuenta que acompaña con el nombre de gastos causados en el proceso criminal por homicidio y el resto de $ 550 los ha considerado en la otra cuenta que también acompaña porque ambas cantidades se pagaron con fechas distintas;

Que la cuenta por $ 38,35 procedentes de gastos en el juicio de tercería de dominio no la acepta, por no haber litigado en este juicio;

Que la partida de $ 300 referente á gastos causados en el viaje á Santiago con estadía de dos meses, no la acepta sino por $ 20, por que en su estadía en Santiago estuvieron alojados en casa de don Antonio Venegas y después en casa de don Clodomiro Letelier, hermano de su curador.

Que respecto de la partida de $ 100 que se dicen gastados en Constitución, afirma que sólo se gastaron la cantidad de $ 11,45, según consta del expediente respectivo.

Que en cuanto á la partida de $ 200 que se dicen gastados en su viaje á Santiago para buscar testigos, la acepta sólo hasta la suma de $ 11,04, que es lo que aparece en el espediente respectivo.

Que respecto de los $ 250 gastados también en Santiago por las gestiones de indulto, no los acepta sino hasta la cantidad de $ 60, que serían los gastos hechos desde que el curador alojó en casa particular;

Que no acepta tampoco la partida de $ 1.200 que se dicen gastados en un viaje al Norte cuando fué relegado á Tarapacá, porque los gastos que se causaron por este motivo ascendieron sólo á $ 260.5;

Que respecto de la cuenta por $ 5.400 que se dicen gastados en pensión, casa, comida, vestuario, lavado, etc, hace presente que es muy exajerado, porque los gastos razonables que pudo haber hecho no pueden haber sido sino los expresados en su cuenta de entradas y salidas que acompaña;

Que por lo expuesto pide se acepten los reparos que ha formulado en contra de la cuenta presentada por su ex-curador y aceptar á título de gastos las cantidades expresadas en las dos cuentas que acompaña con los nombres de gastos causados en el proceso criminal y cuenta de entradas y salidas que debió presentar su ex-curador, como también aceptar las cantidades que en esta última cuenta expresa á título de intereses que han sido omitidos en la cuenta de su ex-curador, para que en definitiva se declare que don Pedro N. y don Ramidio Letelier debe restituirle la cantidad de $ 31.257,67, con más los intereses que corresponda.

En la réplica don Pedro N. Letelier sostiene que las objeciones formuladas á esa cuenta, son infundadas y erróneas.

En efecto, el señor Urzúa observa que el capital que recibió el curador debe imputarse el interés de 8% anual siendo que según la cláusula del testamento de don Baltasar Urzúa es el del 6%.

Agrega que si el capital de su pupilo ha disminuido no ha sido por su culpa, sino por los fallos judiciales que le han ordenado hacer diversos pagos imputables al capital en beneficio del mismo pupilo. De manera que los gastos que tienen relación con los juicios son debidos á que en su carácter de curador necesitaba una resolución judicial para pagarlas.

Que en cuanto á la prescripción que se alega respecto del pago al doctor Fernández y á los abogados Nibaldo Arenas y Constantino Letelier y á otras partidas más, el señor Urzúa ha reconocido el hecho y se ha asilado en la prescripción, la que en este caso no tiene cabida porque los pagos se hicieron oportunamente y si los recibos aparecen con fecha posterior, ello no influye para apreciar este hecho.

Que la suma de $ 3.565,14, es la que se pagó á la señora Domitila Ramírez v. de Franzoy según consta del respectivo espediente, y los gastos causados en este juicio son de cuenta exclusiva del señor Urzúa por

cuanto él ponía toda clase de inconvenientes para eludir el pago de las pensiones.

Que la partida de $ 796.10 que aparecen gastados en el expediente que por doble homicidio se siguió á su pupilo, se pagaron $ 700 al abogado señor Palominos y $ 96,10 por cartas procesales y representación;

Que por lo expuesto debe aceptarse su cuenta y negar lugar á los reparos y objeciones hechas por el señor Urzúa.

Don Roberto Urzúa en su escrito de dúplica, hace presente que los intereses que ha producido su capital administrado por el señor Letelier, han sido siempre superiores á los gastos anuales necesarios y legítimos que haya podido ocasionar, de modo que al fin de cada año y deducidos los gastos ocasionados también en cada año, ha debido quedar un exceso de dinero á su favor; que según el artículo 406 del Código Civil, este exceso de dinero que al fin de cada año testaba á su favor, ha debido ser colocado con las mejores seguridades al interés corriente de plaza, ó sea al 8%, según aparece del documento que para computar los gastos legítimos necesarios que haya podido originar debe considerarse esta computación en las respectivas fechas en que esos gastos se hicieron, y no en globo y en una sola partida, como lo ha hecho el señor Letelier como si esos gastos se hubieran hecho totalmente de una sola vez.

Sostiene, además, que el testamento de don Baltazar Urzúa no dice nada respecto de que su dinero debía ganar el 6 % y al contrario de la cláusula 8ª de ese testamento, se dispone que á fin de no aminorar en nada el capital que se le dejó, la remuneración del curador se imputaría á la masa común de bienes.

Concluye reiterando todas las objeciones que tiene formuladas contra la cuenta presentada por don Pedro N. Letelier.

Se recibió la causa á prueba y no se ha rendido testimonial por ninguna de las partes.

En el alegato de bien probado de don Pedro N. Letelier alega prescripción á la acción deducida por su pupilo, fundándose en que el artículo 425 del Código Civil, sólo concede el plazo de cuatro años á toda accion que el ex-pupilo quiera intentar contra su curador por motivo de la curatela.

La parte demandante sostiene que aun suponiendo que fuera procedente la prescripción alegada, habría sido renunciada con el hecho de haber rendido su cuenta el curador y de haber reconocido la existencia de un saldo en su contra, por unos $ 5.000, en las posiciones.

Se citó para sentancia.

El Juzgado de Talca falló el 11 de marzo de 1906:

Considerando en cuanto á las cuentas con documentación:

1º Que la acción deducida por don Roberto Urzúa en su escrito tiene por objeto que don Pedro Nolasco Letelier rinda la cuenta de su cargo en lo relativo á los $ 15.000 é intereses que recibió de don Pedro Letelier Silva como pertenecientes á su pupilo, según consta del recibo;

2º Que consta de autos y las partes están de acuerdo respecto al hecho de que el expresado señor Letelier ejerció el cargo de curador del señor Roberto Urzúa y que siendo esto así está en la obligación de rendir la cuenta que se le pide;

3º Que no se ha justificado en forma legal los cargos formados á las cuentas signadas con los núm. 5, 6 i 7;

4º Que el cargo al recibo núm. 8 es atendible, por cuanto consta de ese documento que doña Antonia Montecinos sólo dió recibo por $ 300 y el señor Letelier no ha justificado que además le hubiese entregado los $ 200 que aparecen anotados en el mismo documento, despues de la firma de la señora mencionada;

5º Que la objeción del recibo número 9 por $ 66.15, es aceptable porque según consta de las compulsas, don Anibal Letelier fué nombrado árbitro por las partes para que fijara el honorario del abogado don Pedro J. Bustos, el que reguló en la suma de $ 700;

6º Que el curador apesar de esta resolución no pagó como era su deber el honorario indicado y dió lugar al juicio á que se refiere la sentencia compulsada que reguló el honorario en la misma suma fijada por el árbitro;

7º Que el cargo referente al recibo número 10 por $ 112,35, y en el cual aparece que esta suma fué pagada por multa impuesta al mismo curador señor Letelier, no obliga á los bienes del pupilo y en consecuencia es aceptable la objeción;

8º Que de la cuenta y carta aparece que la cuenta número 11 por $ 130,55 no ha sido aun pagada por el ex-curador señor Letelier y siendo esto así, es aceptable la objeción formulada á este respecto;

9º Que la cuenta número 12, por $ 114,40, pagados en la botica del señor Castro ha sido aceptada por el señor Urzúa;

10. Que no se ha justificado la objeción á la cuenta número 13, por $ 143,95, pagados al señor José M. Videla;

11. Que la objeción al recibo número 14 por $ 100 pagados al doctor Fernández no se ha establecido y además la prescripción alegada al respecto es inadmisible por constar de autos que el señor Urzúa ha reconocido los servicios profesionales que le ha prestado el señor Fernández y no existe antecedente alguno para deducir que la acción esté prescrita;

12º Que las objeciones á las cuentas ó recibos números 15 y 16 por $ 250 y 200 pagados respectivamente á los abogados don Nibaldo Armas y don Constantino Letelier en los juicios á que dichos documentos se refieren, son aceptables por las siguientes consideraciones:

a) Que según resolución ejecutoriada de 7 de diciembre de 1893 compulsada, se ordenó á don Pedro N. Letelier en su carácter de curador del menor don Roberto Urzúa que debía pagar á doña Domitila Ramírez la cantidad de $ 25 mensuales por via de alimentos provisorios, por bimestres anticipados;

b) Que el curador en vista de esta resolución ha estado obligado á cumplir estrictamente con lo ordenado desde que por razón de su cargo ha debido administrar los bienes de su pupilo con el cuidado y precisión que toda persona negligente usa en sus negocios propios, por lo que en el caso en cuestión, el curador se ha hecho responsable á su pupilo de los gastos que hizo el señor Letelier por no haber pagado oportunamente las mesadas á la señora Ramírez;

c) Que el juicio seguido por el abogado don Pedro J. Bustos, según consta de autos, fué iniciado porque el curador se negó á pagar su honorario que ya había sido fijado por un árbitro, por lo que el curador debe responder de este gasto innecesario;

13. Que se acepta la cuenta número 17 por $ 85,70, y se desecha la objeción á la cuenta número 18 por $ 16,65 por no haberse justificado;

14. Que se aceptan las objeciones á las cuentas números 19 y 20 por aparecer comprobado el cargo con el mérito de los mismos documentos referidos;

15. Que se acepta la objeción á la cuenta número 21 por $ 55,85 por las mismas causas indicadas en el considerando 12;

16. Que se acepta la cuenta número 22 por $ 113,40, pagados á don Vicente Garcés;

Considerando respecto á las cuentas sin documentación:

17. Que la objeción á la cuenta por $ 613,61 de la planilla presentada por el señor Letelier referente á gastos causados en el espediente que tramitó don Valeriano Rojas sobre cobro de pesos, se ha establecido con el expediente indicado y que se ha tenido á la vista, que don Pedro N. Letelier como curador de don Roberto Urzúa adeudaba al señor Rojas el valor de la cuenta que según la liquidación ascendía á la suma de $ 492;

18. Que según aparece de la misma cuenta, ésta fué aceptada por el señor Letelier y sin embargo, no verificó el pago sino después de sostener una ejecución innecesaria y por esta causa el pupilo no es responsable de estos gastos sino su curador, y en consecuencia de la cuenta objetada debe rebajar la suma de $ 121,60;

19. Que la partida de la cuenta por $ 3.565,14 pagados á doña Domitila Ramírez por pensiones alimenticias se ha establecido con los expedientes tenidos á la vista, que según sentencia ejecutoriada la pensión era de $ 25 mensuales y cuyas pensiones principiaron á devengarse desde el mes de noviembre de 1893 hasta el 25 de noviembre de 1901, fecha

en que falleció la señora Ramírez, según consta de la partida de defunción;

20. Que siendo esto así resulta que son de cargo al pupilo la cantidad de $ 2.415,17 y no la de $ 3.565,14que se imputan al pupilo en la cuenta de su curador, desde que aquel no está obligado á cargar con los gastos judiciales producidos por culpa de su curador, por cuanto éste tenía la obligación de ejercer su cargo como buen padre de familia, ó sea con la negligencia que se usa en los negocios propios;

21. Que en cuanto á la partida de $ 796,10 gastados en el expediente se que siguió en contra de Urzúa por homicidio y que se detalla en la cuenta, no aparece de autos ningún antecedente que la justifique;

22. Que la ley ha impuesto al curador la obligación de llevar cuenta exacta y documentada de todos sus actos administratorios y á presentarla luego que termine esa administración debiendo abonar el interés corriente sobre el saldo que resulte en su contra;

23. Que el pupilo don Roberto Urzúa confiesa que todos los gastos ocurridos en el proceso que se le siguió por homicidio ascendieron á la suma de $ 1.019,45, incluso honorario de abogados;

24. Que respecto á la objeción de la cuenta por $ 134,35 referente á gastos causados en el expediente seguido en contra del curador señor Letelier por atentado á los agentes de la autoridad se ha justificado dicha objeción con el expediente tenido á la vista y en el cual consta que el pupilo no tuvo participación directa en ese delito, sino su curador, que fué condenado por sentencia de término;

25. Que la cuenta por $ 801,10, referente á gastos causados en el expediente seguido por don Pedro J. Bustos por cobro de honorario, no aparece justificada;

26. Que asimismo no aparece comprobado la partida de $ 38,35 referente á gastos causados en una tercería dominio, que no se determina de modo alguno;

27. Que las objeciones á las partidas por $ 300, 100, 200 y $ 250 referente á gastos ocasionados en viajes á Santiago y Constitución, no se han justificado en forma legal;

28. Que las partidas de $ 1.200 y $ 5.400 que aparecen en la cuenta referente á gastos ocasionados en su viaje al Norte cuando fué relegado el pupilo á Tarapacá y los gastos en pensión, casa, comida, vestuario, lavado, etc., no se han justificado en forma legal y por consiguiente es aceptable la objeción formulada al respecto siendo por esto de cargo al pupilo las sumas que éste indica en su objeción ascendente á la suma de $ 2.712,50.

Considerando en cuanto á la prescripción alegada por el curador y su fiador;

29. Que el ex-curador dedujo la excepción de prescripción contra la rendición de cuenta de la curatela exigida por el pupilo, por el hecho de haberse demandado la rendición de cuentas después de cuatro años de haber alcanzado el pupilo su mayor edad;

30. Que aún cuando fuera procedente la prescripción por la causa indicada, ella aparece que ha sido renunciada tanto por el ex-curador como su fiador, que según consta de autos han reconocido el derecho del señor Urzúa para ejercitar la acción á que se refiere la demanda;

31. Que en cuanto al honorario del curador, don Baltazar Urzúa en la cláusula 8ª de su testamento indica la persona que debe fijar la remuneración que se reclama.

Visto lo dispuesto en los artículos 391, 406, 415, 417, 422, 424 y 2494 del Código Civil, se declara: aprobada la cuenta rendida por don Pedro N. Letelier con las siguientes declaraciones:

1º Que ha lugar á las objeciones á que se refieren los considerandos 4º, 5º, 7º, 8º, 12, 14 y 15;

2º Que ha lugar también á las objeciones á las cuentas sin documentación indicadas en los considerandos 17, 19, 21, 24, 25, 26 y 28; y

3º Que no ha lugar á la prescripción alegada, sin costas.—*R. Dueñas.*

Apelada esta resolución:

Talca, 3 de octubre de 1906.—Vistos: reproduciendo la relación de la sentencia de primera instancia, dejando constancia que el fiador don Romilio Letelier, agricultor, residente en Queri de este departamento, alegó también prescripción en su escrito, eliminando los considerandos 1º, 3º, 10, 17, 18, 21, 23, 25, 27, 28 y segunda parte del 13, agre-

gando la frase "respecto de" en el considerando 19 despues de la palabra "que" y cambiando las palabras "negligente" por "diligente" en el considerando 12 (b) y "negligencia" por "diligencia" en el considerando 20, y teniendo además presente:

1º Que en el presente juicio no se trata de saber si don Pedro Nolasco Letelier está ó no obligado á rendir cuenta como ex-curador de don Roberto Urzúa, porque esa obligación ha sido reconocida por el mismo al aceptar el decreto del Juzgado que le ordenó rendir la cuenta en el plazo que le fijó en conformidad á lo dispuesto en el artículo 850 del Código de Procedimiento Civil, plazo que fué prorrogado dos veces á petición del mismo señor Letelier;

2º Que rendida la cuenta, sólo se trata de las observaciones á ella, juicio que se ha seguido en conformidad á lo dispuesto en el artículo 851 del mismo Código y no es por tanto procedente alegar la prescripción para excusarse de rendir una cuenta ya rendida ó sea de cumplir una obligación que ya se ha cumplido;

3º Que por otra parte el ex-curador ha cumplido su obligación de rendir cuenta no sólo en sus escritos por el hecho mismo de rendirla, sino también en las cartas escritas durante el cuadrienio de la prescripción alegada;

4º Que también ha reconocido don Pedro Nolasco Letelier su obligación á favor de su ex-pupilo al absolver posiciones y expone que quedaran en su poder $ 4.000 á 5.000 de su pupilo y esto á pesar de que según la cuenta que rindió su pupilo le quedaba adeudando un saldo de $ 456,25, que el fiador del curador don Romelio Letelier, también ha reconocido su obligación de responder al pupilo, absolviendo posiciones y además es fiador en carácter de deudor solidario, como, consta de la escritura compulsada y le afecta la interrupción de la prescripción del mismo modo que al deudor principal;

5º Que el reclamo respecto de las entradas por intereses es fundado porque el ex-curador sólo da cuenta de haber recibido de don Pedro Letelier Silva $ 15.325,85, y la verdad es que recibió de don Francisco Borja Maturana (primer curador del señor Urzúa) la cantidad de $ 325,85 el 9 de noviembre de 1891, como lo expone el mismo curador y consta del recibo compulsado; ya que de la escritura compulsada de 1º de abril de 1892 consta que el ex-curador recibió de don Pedro Letelier Silva los $ 15.000 y sus intereses que adeudaba á su pupilo y que había recibido del primer curador señor Maturana en préstamo con garantía hipotecaria;

6º Que según consta de los certificados aparece del expediente de rendición de cuentas del primer curador señor Maturana que éste recibió de don Pedro Letelier Silva los intereses de los $ 15.000 hasta el 10 de marzo de 1891, y por lo tanto los intereses que recibió don Pedro Nolasco Letelier según la escritura compulsada fueron los devengados desde esa fecha hasta el 1º de abril de 1892, á razón del 8% al año, ó sea durante un año y veintiún días lo que hace un total de $ 1.269,93;

7º Que de lo expuesto se deduce que es exacta lo cantidad 16,393,68, que fija el pupilo como recibida por su curador según la cuenta que forma;

8º Que el plazo de mutuo de los $ 15.000 que adeudaba don Pedro Letelier Silva no vencía hasta el 10 de septiembre de 1892 y no ha explicado el ex-curador porqué cobró el dinero más de cinco meses antes del plazo, siendo el deudor de reconocida solvencia y estando la deuda garantida con hipoteca, ni ha explicado tampoco qué hizo con el dinero que recibió, donde lo colocó, ni á que interés ni con que garantías;

9º Que aunque el curador señor Letelier no ha dado cuenta de los intereses producidos reconoce que el capital del pupilo producía anualmente $ 90 de intereses;

10. Que el mismo expone también que no ha rendido cuenta de los intereses porque espera hacer una liquidación exacta del capital lo que es inaceptable por cuanto de sus libros ó cuentas que debe llevar día á día, con fidelidad y exactitud debe constar el total de lo que ha percibido por intereses siendo de advertir que apesar de lo que el mismo ex-cudor ha expuesto no ha rendido cuenta de los intereses hasta la fecha;

11. Que el pupilo acepta en su contra cuen-

ta que el curador abone por su capital como interés corriente sólo el interés de 8% al año:

12. Que además de las partidas de la cuenta de salidas aceptadas por el pupilo y á que se refieren los considerandos 9, 13 y 16 de la sentencia de primera instancia, ha aceptado aquellas partidas 1ª, 2ª, 3ª y 4ª de la cuenta y no son por lo tanto materia de este juicio;

13. Que respecto de la objeción á la partida 5ª no apeló el señor Urzúa de la resolución que la desecha y debe tenerse por esto como no hecha la objeción.

14. Que es aceptable la objeción á la partida y recibo número 13, por $ 10 que pide el señor Urzúa se rebajen en esa partida, reduciendo el gasto á $ 133,95 porque la objeción ha sido aceptada por el señor Letelier;

15. Que la objeción á la cuenta número 18 por $ 16,65 está justificada porque aparece de manifiesto que esa cuenta está incluida en la defs. 17 y no está firmada ni cancelada por el acreedor no ha sido reconocida en la diligencia;

16. Que el señor Urzúa no ha apelado del rechazo á la objeción relativa á los $ 300 gastados en Santiago durante dos meses, consignados en la cuenta y á los cuales se refiere el considerando 27 y debe tenerse como aceptada esa partida;

17. Que don Roberto Urzúa acepta que se carguen en la cuenta de salida $ 300, que gastó en su estadía en Santiago en 1891, cuya inversión aparece en parte comprobada con las cartas;

18. Que debe entenderse que los $ 300 á que se refiere el considerando anterior son los mismos á que se refiere el considerando 18 y por eso se explica que no apelara el señor Urzúa de la sentencia en cuanto á los $ 300 á que se refiere el considerando 27 de la sentencia de primera instancia siendo de notar que en la cuenta del ex-curador no se da ningún dato respecto á la inversión de esos $ 300 ni aún la fecha de gasto;

19. Que, según consta del expediente que se ha tenido á la vista don Valeriano Rojas Toledo ejecutó á don P. N. Letelier por la cuenta proveniente de ropa mandada á hacer á su pupilo señor Urzúa en los años 1895 y 1896;

20. Que esa cuenta de ropa sumaba $ 530 y quedó reducida con los abonos de $ 100 en dos partidas, á $ 430, cantidad que el señor Letelier se comprometió á pagar en cuatro meses plazo al interés de 10%;

21. Que, apesar de ese compromiso, el señor Letelier no pagó y se dejó ejecutar pagando por fin por capital, intereses y costas $ 613,61 en lugar de $ 430 que adeudaba;

22. Que tal proceder es incorrecto, por cuanto teniendo el curador en su poder dinero del pupilo no debió pagar intereses, ni permitir se le ejecutara para el pago de la deuda por lo cual el pupilo no debe responder ni de los intereses ni de las costas, sino de la cantidad adeudada por la ropa ó sea por $ 549 que es el valor asignado por el pupilo á este gasto en su contra-cuenta;

23. Que para estimar innecesario el gasto del juicio con Pedro J. Bustos á que se refieren los considerandos 12 (letra *c*) y 15 de la sentencia apelada, debe tenerse presente también que consta del expediente respectivo, y lo dice el señor Letelier que se pagó al señor Palomino por su honorario como abogado en segunda instancia encargado de defender al pupilo en el proceso por homicidio, la cantidad de $ 700, y por lo tanto no podía estimar excesiva la regulacióm del perito que avaluó en otros $ 700 el honorario del abogado de primera instancia, señor Bustos, que patrocinó al señor Urzúa con empeño, según lo expone éste en la carta y atendió al juicio hasta que se dictó sentencia definitiva con un trabajo muy superior al del abogado de segunda instancia;

24. Que debe también tenerse presente que tanto en primera como en segunda instancia se reguló el honorario del señor Bustos en los mismos $ 700 en que los había regulado el árbitro don Aníbal Letelier;

25. Que respecto de los gastos con motivo del proceso por homicidio, seguido contra el señor Urzúa, debe tenerse presente que el ex-curador carga en su cuenta las siguientes partidas: *a*) $ 796, de los cuales 700 corresponden al honorario del señor Palomino y $ 96 á gastos del proceso; *b*) $ 801,10 gastados en el juicio con el señor P. J. Bustos, de

los cuales deben corresponder $ 700 por honorario aunque la cuenta no lo expresa; *c*) $ 100 por un viaje á Constitución; *d*) $ 200 por un viaje á Santiago á solicitar indulto para el pupilo; *e*) $ 100 dados á cuenta á don Eduardo Letelier, apoderado del pupilo; *f*) $ 200 dados al mismo apoderado; *g*) $ 66,15 cuenta del procurador Letelier, á que se refiere el considerando 5º de la sentencia de primera instancia; *h*) y $ 200 pagados al abogado don C. Letelier, y á los cuales se refieren los considerandos 26 y 27 de esa sentencia todo lo cual suman $ 2.647.20;

26. Que varios de estos gastos no han sido justificados y aún respecto del dinero entregado al procurador don Eduardo Letelier expone éste que los $ 100 del recibo están incluidos en la cuenta número 7;

27. Que el señor Urzúa en su cuenta, acepta con motivo del proceso gastos por la suma de $ 1.019,45, pero á esta cantidad debe agregarse las siguientes: *a*) $ 550 pagados al abogado señor Bustos para completarle su honorario (aceptado por el ex-pupilo); *b*) $ 60 gastados en el viaje á Santiago á pedir indulto, cantidad aceptada por el ex-pupilo; *c*) $ 78, valor de lo pagado al secretario señor Munita, según el recibo; *d*) y $ 40 que prudencialmente se estiman gastados en pagar á los encargados de practicar en Constitución y en Santiago las diligencias probatorias á que se refiere la cuenta.

28. Que en mérito de lo expuesto en los tres considerandos anteriores deben aceptarse como gasto hecho con motivo del proceso seguido contra el ex-pupilo solo la cantidad de $ 1.747,45 ya que deben quedar reducidas todas las partidas enumeradas en el considerando 27;

29. Que no se ha justificado el gasto de $ 1.200 invertido en el viaje á Iquique, y el pupilo sólo acepta la cantidad de $ 260,5, incluyendo en esta cantidad $ 110 en dinero como lo expone;

30. Que el ex-pupilo acepta también que recibió en dinero mientras estuvo relegado en Iquique $ 450, lo que unidos á los $ 260,5 á que se refiere el considerando anterior suman $ 710,05, cantidad á que debe quedar reducida la de $ 1.200 que se carga en la cuenta;

31. Que entre los expedientes á que se refieren los considerandos 19 y 20 de la sentencia apelada, figura uno seguido por doña Domitila Ramírez contra el ex-curador cuyos gastos deben ser de cuenta del señor Urzúa porque en ese juicio no se trata del cobro de los pensiones alimenticias sino de una demanda iniciada por la señora Ramírez el 6 de mayo de 1897 y en la cual se pedía que el curador depositara $ 5.000 para responder por las pensiones que en lo sucesivo se devengaran;

32. Que por lo tanto al valor de las mesadas pagadas á la señora Ramírez, que suma $ 2 415,82, debe agregarse el valor de los gastos de ese juicio;

33. Que el señor Urzúa en su contra-cuenta reconoce que ha invertido su curador $ 20 en viaje en ferrocarril y $ 200 en ropa interior y calzado ó sea en todo $ 220;

34. Que es inadmisible la partida de $ 5.400 que el ex-curador carga en su cuenta como invertidas en comida, vestuario, lavado, etc., porque no se ha probado el gasto, ni se ha especificado la inversión á que la partida se refiere, espresando al menos el gasto mensual, contra lo dispuesto por la ley que ordena al curador llevar cuenta fiel, exacta y en cuanto fuera posible documentada de sus actos administrativos y á exhibirla luego que termine su administración;

35. Que de las posiciones absueltas por el señor Letelier y de los demás antecedentes del juicio aparece que es efectivo lo que expone el ex-pupilo en su contra cuenta respecto al tiempo que en cada año suministró su curador, comida, pieza y lavado, ó sea desde el 1º de junio de 1891 (dos meses antes de ser nombrado curador interino) hasta mayo de 1897 en que el señor Urzúa fué relegado á Iquique, y que es efectivo que estuvo detenido en la policía y en la cárcel y estudiando en Santiago el tiempo que el pupilo designa en su cuenta;

36. Que las partes no están de acuerdo en la cantidad que debe cargarse al pupilo por los gastos de comida, pieza y lavado, gastos que son necesarios y no requieren, por lo tanto, comprobación sino en cuanto á su monto;

37. Que el Tribunal estima prudencialmente en $ 30 mensuales los de comida, en $ 8 los de pieza y en $ 4 los de lavado.

38. Que en consecuencia la cantidad de $ 5.400 que carga el ex-curador en su cuenta debe quedar reducida á lo que resulte del avalúo á que se refiere el considerando anterior, además de los $ 220 á que se refiere el considerando 85;

39. Que aparece de manifiesto en vista de las cuentas rendidas por el ex-curador, de la contra-cuenta del señor Urzúa y de las objeciones aceptadas, que aquel ha tenido dinero bastante en su poder para atender á los gastos de su pupilo sólo con los $ 1.593,68 de intereses que recibió de los señores Maturana y Pedro Letelier Silva y los que produjo año á año el capital, sin necesidad de recurrir á éste;

40. Que el curador debe proceder según la ley á devolver sus bienes al pupilo, una vez expirado el cargo, tan pronto como fuere posible; y

41. Que el ex-curador ha rendido una cuenta inexacta, por lo cual fué objetada tanto en las entradas como en las salidas, y se ha dado lugar á casi la totalidad de las objeciones, por lo cual el señor Letelier es responsable de las costas causadas.

Teniendo también presente lo dispuesto en los artículos 414, 1713, 2518, 2519 del Código Civil, 151, 330, 850 y 851 del de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de 11 de marzo del presente año en cuanto niega lugar á la prescripción alegada por el curador, en cuanto acepta las objeciones á que se refieren los considerandos 4º, 5º, 7º, 8º, 12, 14, 15, 19, 24 y 26 y en lo demás con las siguientes declaraciones:

1º Que por las mesadas pagadas á la señora Ramírez á que se refieren los considerandos 19 y 20 debe cargarse al señor Urzúa lo que expresa en el considerando 34 de esta sentencia;

2º Que ha lugar al reclamo respecto de las entradas por intereses y que en consecuencia debe tenerse como recibida por don Pedro Nolasco Letelier la cantidad de $ 16.593,68;

3º Que el señor Letelier debe abonar el 8% al año de interés por el capital del pupilo, debiendo devolver desde luego los $ 15.000 y liquidarse su cuenta para saber el saldo de intereses que queda en su poder;

4º Que ha lugar á las objeciones á que se refieren los considerandos 16, 17, 24, 30, 32 y 40 de esta sentencia en la forma en que en ellos mismos se expresa; y

5º Que debe pagar las costas de primera instancia el ex-curador señor Letelier.

Se previene que no debe admitirse, sin pagar la multa, documentos como los acompañados á la cuenta en los que no aparece inutilizada la estampilla agregada en la forma que ordena la ley de 15 de enero de 1878.

Redactada por el señor Ministro Maldonado.—*A. Maldonado.—D. M Lois.—José Agustín Barros M.*

Contra esta sentencia el ex-curador y su fiador han deducido recursos de casación en la forma y en el fondo y formalizando el primero de éstos se alegan las siguientes causales:

1º Las indicadas en los números 1º y 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, acerca del cargo por intereses del capital pupilar, punto que, por no haber sido comprendido en la cuenta ni fallado en primera instancia ha carecido la Corte de competencia para pronunciarse al respecto en única instancia, é incurrido en el vicio de *ultra petita*.

2º La señalada en el número 9º del artículo 941 del Código citado en lo relativo también al punto anterior sobre intereses del haber pupilar, pues no habiendo habido debate en primera instancia acerca de este particular, no se expresaron los agravios en cuanto á dicho punto, ni se contestó á ellos por la parte contraria, infringiéndose las disposiciones de los números 1º, 2º y 6º del artículo 966 y 1º, 2º y 5º del artículo 970 del mismo Código.

3º La prescrita en el número 4º del artículo 941, porque la Corte, al ordenar la entrega inmediata del capital del pupilo sin aguardar el resultado de la liquidación de la cuenta, ha fallado *ultra petita*, punto que por no haber sido apelado no quedó sometido al Tribunal superior.

4º La contemplada en el número 5º del artículo 941, pues la Corte, al regular los gastos de mantención, pieza y lavado, omite el requisito exigido por el número 5º del artículo 193, ya que la sentencia avalúa esos gastos de un modo prudencial sin consideraciones de hecho ó de derecho;

5º Las estatuidas en los números 1º y 4º del artículo 941, porque la Corte al imponer á los recurrentes la condenación en las costas de primera instancia no pedida por el contendor, quien, al contrario, solicitó la confirmación del fallo apelado en este punto, ha procedido con infracción del artículo 151 de la Constitución Política y del artículo 9º de la Ley Orgánica de Tribunales, á modificar de oficio dicho fallo, que no contenía tal condenación y que en esto se ajustaba á la ley.

La Corte:

Considerando respecto á la última causal:

1º Que aunque el ex-pupilo Urzúa al apelar de la sentencia de primera instancia, lo hizo en términos generales, no obstante, al expresar agravios, pidió confirmación de ella con las declaraciones indicadas en ese escrito, entre las cuales no figura taxativamente la de que el ex-curador Letelier fuera condenado en las costas de primera instancia, de que había sido absuelto de un modo expreso en el fallo apelado;

2º Que según lo dispuesto en el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil, el escrito de expresión de agravios debe contener las peticiones concretas que formule el apelante respecto de la sentencia apelada; así que no estando incluida en este escrito la petición para que se revocase la sentencia apelada á fin de que se condenara en costas al ex-curador, debe entenderse con arreglo á la ley que esta cuestión quedaba excluída de la competencia del tribunal de segunda instancia;

3º Que los Tribunales de Alzada, salvo los casos en que están facultados por la ley para proceder de oficio, entre los cuales no se encuentra el de que se trata, no tienen mas jurisdicción que aquella que se les ha conferido por las partes en las cuestiones que se someten á su fallo en los escritos de expresión de agravios y su respuesta;

4º Que habiendo condenado al ex-curador Letelier la sentencia recurrida en las costas de primera instancia, punto que no fué sometido de una manera concreta, el fallo de segunda instancia ha incurrido en el vicio de *ultra petita*, extendiéndose á puntos no sometidos á la decisión del tribunal é incurriendo así en la causal de casación en la forma establecida por el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil; y

5º Que aceptada esta causal de casación, es ocioso pronunciarse sobre las demás que también se formulan.

En mérito de estas consideraciones y disposiciones legales citadas y visto además lo dispuesto en los artículos 959 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la sentencia de 3 de octubre de 1906, y se repone la causa al estado de pronunciarse sentencia por el tribunal que corresponda, al cual se remitirán los autos. Devuélvase á la parte recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Palma Guzmán. —*J. Gabriel Palma Guzmán.*— *V. Aguirre V.*—*Leoncio Rodríguez.*—*J. Bernales.*

Cas. civ.—4 de agosto de 1906

Canto del con González viuda de Castro

Testamento. — Legado. — Condonación de deuda. — Novación; diputación para el pago. — Confusión.

DOCTRINA: — *Aunque la condonación testamentaria de una deuda importa también un verdadero legado de la cantidad condonada, dicha condonación no establece vínculos de acreedor y deudor entre el legatario agraciado y los herederos del testador condonante, sino que importa una mera remisión en virtud de la cual no pueden ya los herederos del condonante exigir de los deudores el pago de lo que adeudaban y que les ha sido condonado; pero sin dar á éstos tampoco el derecho de exigir una canti-*

dad igual á la que se les remite y que no están ya obligados á pagar. Por consiguiente, aunque los primitivos deudores tengan el doble carácter de legatarios y herederos del testador no concurren en ellos las calidades de deudores y acreedores que simultáneamente exige el artículo 1665 del Código Civil, para que se verifique la confusión y se extinga por este medio la obligación.

———

Don Daniel W. del Canto en la demanda interpuesta ante uno de los Juzgados de Letras de Valparaíso contra doña Flora González v. de Castro, expone: que según escritura pública de 1º de julio de 1902, don Eleodoro Castro le cedió, en pago, la cuota que le correspondía en una escritura pública en que la demandada se constituyó deudora por cierta cantidad de pesos de don Pablo José Castro, quien en la cláusula tercera de su testamento, legó ese crédito á sus sobrinos: su cedente el mencionado don Eleodoro y don Benjamín 2º, don Emilio y don Pedro Antonio Castro, hijos de don Benjamín Castro.

Que por escritura de 12 de julio de 1902, don Benjamín 2º Castro, otro de los sobrinos de don Pablo José Castro, le cedió también los derechos que le correspondían ó pudieran corresponderle en la herencia de su mencionado tío, derechos entre los cuales se encuentran igualmente los que tenía en el legado aludido, como hijo de don Benjamín Castro y sobrino del ya nombrado don Pablo José Castro.

Que los derechos cedidos tienen su origen en el legado que en la cláusula tercera de su testamento hizo don Pablo José Castro á favor de los hijos de don Benjamín Castro, padre de los cedentes, cláusula que textualmente dice así:

"Tercero.—De mis bienes se sacarán ante todo los siguientes legados: á los hijos de mi hermano don Benjamín Castro que falleció hace algún tiempo, les dejo la suma de $ 4.000 y además les condono el crédito que tengo en contra de la sucesión de mi nombrado hermano por las cantidades que él adeudaba al Banco de Chile y que ya cancelé."

Que para atender al pago de este crédito, se reservó en la partición de los bienes de don Benjamín Castro la suma correspondiente, $3.203 y se encargó de este pago á doña Flora González v. de Castro á quien se le asignó un exceso en su hijuela siendo, por consiguiente esta señora responsable de dicho crédito y sus intereses.

Que, cumpliendo con dicho compromiso la demandada firmó un reconocimiento de la deuda á favor de don Pablo José Castro comprometiéndose á pagarlas con sus intereses, según aparece de la escritura de 1º de mayo de 1896; y

Que no habiendo podido obtenerse que doña Flora González v. de Castro, no obstante de estar notificada de la cesión, le cubra las cuotas que le corresponden, entabla demanda en su contra para que se declare que debe pagarle las cuotas é intereses á que tiene derecho, como cesionario de don Eleodoro y don Benjamín 2º Castro en el crédito que la demandada se obligó á pagar por la sucesión á don Benjamín Castro á don Pablo José Castro quien á su vez era cesionario del Banco de Chile.

La demandada, al contestar la demanda expone: que don Daniel W. del Canto no es cesionario de los derechos de don Benjamín 2º Castro, porque según los términos de la misma escritura en que se funda el demandante, aquél sólo cedió á éste los derechos que le correspondían ó pudieran corresponderle en la herencia de don Pablo Castro, entre los cuales no está comprendido el derecho ó acción al legado de que trata la cláusula tercera del testamento respectivo, pues si ese derecho existe en favor de don Benjamín 2º Castro es en el carácter de hijo y como accionista de la sucesión de su padre don Benjamín Castro y no como heredero de don Pablo J. Castro, derecho que por otra parte, ha sido cedido por el mismo don Benjamín 2º Castro á otro de sus hermanos.

Que el demandante es sólo cesionario de don Eleodoro Castro y no tiene derecho alguno al crédito condonado por don Pablo J.

Castro; pues en la cláusula tercera de su testamento hay dos disposiciones distintas: un legado de $ 4,000 y la condonación de una deuda, condonación que sólo aprovecha al deudor.

Que el crédito que tenía don Pablo J. Castro contra su hermano don Benjamín, pasó por la muerte de éste á ser deuda de la sucesión, que la componían, según el testamento, sus cuatro hijos: don Eleodoro, don Benjamín 2º, don Pedro Antonio y don Emilio Castro y su viuda la exponente, quien fué instituida como quinto heredero, además de la mitad de gananciales que le correspondía;

Que los $ 3.203,55 adeudados al Banco de Chile y que pagó don Pablo José Castro forman sólo una parte del entero del exceso que resultó en contra de la demandada en su hijuela respectiva, fondos que aparecen figurando entre las bajas generales en la herencia de don Benjamín Castro, como consta del laudo y ordenata respectivo. De manera que la mitad de esa cantidad era propiedad exclusiva de la demandada; pues si no se hubiese reservado para el pago de la deuda habría aumentado en ese mismo valor su mitad de gananciales.

Que con posterioridad á la obligación que se le impuso de pagar esta deuda de la sucesión, la misma exponente demandada en este juicio por escritura pública de 1º de mayo de 1896 reconoció esta deuda y se comprometió al pago de ella personalmente, hipotecando en garantía una propiedad suya; y que es acreedor don Pablo José Castro que compareció al acto y lo aceptó en todas sus partes, quedando así de derecho novada la obligación á virtud de lo que dispone el número 3º del artículo 1631 del Código Civil.

Que la exponente cumplió así la obligación que se le impuso de pagar esa deuda porque por medio de la novación la hizo suya personalmente, libertando á la sucesión deudora de toda responsabilidad con el consentimiento del acreedor.

Que el 18 de octubre de 1897, más de un año después de la novación de la deuda, viene el otorgamiento del testamento del acreedor don Pablo José Castro, quien condonó expresamente dicha deuda, condonación que aprovecha al deudor que era la exponente, quedando libre de esta obligación sin deber nada á don Pablo José Castro ni menos á los hijos de don Benjamín Castro, á quienes les había aprovechado en el caso de que esa deuda hubiera pasado sobre la sucesión.

Que en las asignaciones testamentarias prima sobre toda consideración la voluntad del testador y en este caso está claramente manifestada en el sentido de que sus herederos no cobraran esta deuda; y la circunstancia de referirse al crédito que tenía en contra de la sucesión de su hermano Benjamín Castro cuando en realidad ese crédito había pasado á ser en contra de la exponente, heredera también de la sucesión del citado don Benjamín, no altera ni puede alterar la voluntad del testador de no cobrarlo á su familia.

Termina pidiendo se deseche la demanda, y en subsidio si el pago de ese crédito se declarase, solicita por vía de reconvención en forma que se ordene devolverle la cantidad de $ 1.922,12 mitad de la cantidad que se demanda que á ella le corresponde por su mitad de gananciales y como heredera.

El demandante en el escrito de réplica solicita que no se dé lugar á la reconvención por cuanto la condonación de la deuda fué hecha á favor de los hijos de don Benjamín Castro y no de la sociedad conyugal habida entre éste y la demandada.

Después de la dúplica, en la cual se amplían las alegaciones de la contestación, se citó para sentencia, y el Juzgado de Valparaíso falló el 1º de marzo de 1904:

Considerando:

1º Que don Daniel W. del Canto es cesionario de los derechos de don Eleodoro Castro á que se refiere la demanda, según aparece de la escritura de f. 1 y también lo es según la escritura de fs. 12 de todos los derechos y acciones que correspondan ó puedan corresponder á don Benjamín 2º Castro en la herencia de don Pablo José Castro, entre los cuales debe naturalmente contarse el de que se trata en este juicio, por formar parte de dicha herencia y por no haber sido limitada la cesión á sólo la cuota hereditaria;

2º Que las partes están de acuerdo en que

el crédito en cuestión es el á que se refiere la cláusula 3ª del testamento de don Pablo José Castro;

3º Que por esta cláusula se legó á los hijos de don Benjamín Castro la suma de $ 4.000 y además "les condono el crédito que tengo en contra de la sucesión de mi nombrado hermano por las cantidades que él adeudaba al Banco de Chile y que yo cancelé", con lo cual debe entenderse que la voluntad del testador claramente manifestada fué legar el valor de ese crédito á sus sobrinos, hijos de su hermano don Benjamín;

4º Que esta interpretación es tanto mas racional cuanto que si no se le da esa interpretación á la cláusula testamentaria citada, no se le puede dar otra, y debería considerarse como no escrita, por cuanto á la fecha del otorgamiento del testamento de don Pablo J. Castro el 18 de octubre de 1897, éste no tenía crédito alguno contra la sucesión de don Benjamín Castro porque esta sucesión deudora había sido sustituida por doña Flora González v. de Castro, según aparece de la escritura (art. 1631, inciso 3º del Código Civil).

5º Que no es aceptable la reconvención deducida por doña Flora González v. de Castro, por cuanto la condonación ó legado no ha sido establecida en beneficio de la mencionada señora ni de la sociedad conyugal que existió entre ella y su marido, sino á favor de los hijos de don Benjamín Castro y el crédito de que se trata era de propiedad de don Pablo J Castro y no de la sociedad conyugal nombrada.

Con arreglo á lo dispuesto en los artículos 1698 y 1069 del Código Civil se declara que ha lugar á la demanda con costas y que no ha lugar á la reconvención deducida.—*Germán Alcérreca.*

Apelada esta sentencia por la parte demandada, la Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió el 18 de noviembre de 1904:

Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y los fundamentos primero, segundo y tercero de la sentencia de primera instancia y teniendo además en consideración:

1º Que, estando al mérito de autos, deben darse por establecidos los siguientes hechos:

a) Que don Benjamín Castro adeudaba á su hermano don Pablo José Castro la suma de $ 3.203,55 que éste pagó por aquél al Banco Nacional, hoy Banco de Chile;

b) Que en el juicio de partición que los bienes de don Benjamín Castro se reconoció la efectividad de esa deuda y se convino en que fuera satisfecha por su viuda, doña Flora González á quien se suministraron los fondos para ello necesario;

c) Que en tal virtud, la señora González otorgó á favor de don Pablo José Castro el 1º de mayo de 1896, la escritura por la cual se obligó á pagarle la cantidad de $ 3.102,59 á que en esa fecha ascendía el crédito en cuestión, según se expresa en la escritura, la que en el mismo acto fué aceptada en todas sus partes por el acreedor.

d) Que en el testamento hecho en esta ciudad en octubre de 1897 don Pablo José Castro por la cláusula 3ª transcrita en la demanda condonó á los hijos de su hermano don Benjamín el crédito que tenía en contra de su sucesión y á que se refieren las letras precedentes, y por la cláusula 7ª después de varias otras disposiciones instituyó heredero del remanente á sus hermanos, nombrando entre ellos á don Benjamín y determinando que en la institución del heredero fuera éste represen- por sus hijos.

e) Que más tarde en el año 1902 don Eleodoro y don Benjamin 2º Castro, dos de los hijos de don Benjamín, hermano de don Pablo José, cedieron ó vendieron á don Daniel W. del Canto el primero la cuota que le correspondía en el crédito que se comprometió á pagar doña Flora González v. de Castro, por el instrumento de fs. 13 y á que alude la cláusula 3ª del testamento, y el segundo todos los derechos y acciones que le pertenecían ó pudieran pertenecerle en la herencia de don Pablo José por el mismo testamento. De ello dan testimonio las escrituras que se registran á f. 1 y fs. 12.

2º Que el reconocimiento de la deuda y aceptación consignada en la escritura no produjeron novación, y doña Flora González v. de Castro no quedó sustituida al primitivo deudor ó sea á la sucesión de don Benjamín Castro en orden al crédito de don Pablo José; por cuanto, para que esta especie de novación sub-

jetiva se opere, es necesario que el acreedor exprese su voluntad de dar por libre al primitivo deudor, lo que el referido don Pablo José no hizo de modo alguno al aceptar como deudora á la viuda de su hermano;

3º Que á falta de dicha expresión que forma un requisito peculiar del caso de novación del artículo 1631 número 3º del Código Civil, y que tiene por objeto evitar toda duda en la materia, debe entenderse que el tercero es solamente disfrutado por el deudor para el pago ó que se obliga con él solidaria ó subsidiariamente según parezca deducirse del tenor ó espíritu del acto;

4º Que lejos de expresar que daba por libre al primitivo deudor don Pablo José Castro al condonar á la sucesión de su hermano Benjamín en la cláusula 3ª del testamento, posterior á la escritura, el crédito que contra ella poseía, manifestó claramente que no había tenido siquiera la intención de novar, desde que la remisión de la deuda suponía en los beneficiados con ella la calidad de deudores, y Castro no habría hecho esa disposición testamentaria si, aceptando la obligación contraída por la señora González v. de Castro, hubiera querido exonerar de responsabilidad á sus sobrinos;

5º Que así el año 1897 en que don Pablo José Castro ordenó su testamento conservaba aún con respecto á la sucesión de su hermano Benjamín, el carácter de acreedor que investía al tiempo de extenderse la escritura de reconocimiento;

6º Que le condonación de esta deuda es un verdadero legado como se infiere del tenor mismo de la cláusula que la contiene y de lo dispuesto en el artículo 1129 del Código Civil;

7º Que tanto por este motivo como por la institución de heredero de la cláusula 7ª indicada bajo la letra *d* del primer considerando, llegaron á concurrir en la sucesión de don Benjamín Castro relativamente á la acreencia legada, las calidades de acreedor y deudor de le sucesión de don Pablo José Castro y se verificó de derecho una confusión que extinguió la deuda y produjo iguales efectos que el pago;

8º Que, si la obligación reconocida á favor de don Pablo José Castro no pasó por novación de don Benjamín á la viuda de éste, y aquél continuó siendo acreedor de los primeros no obstante la escritura, el crédito se extinguió después por confusión y en consecuencia, no existía ya legalmente el año 1902 en que don Eleodoro y don Benjamín 2º Castro cedieron ó vendieron al demandante por las escrituras de fs. 17 y fs. 12 la cuota que, suponiéndola subsitente, entendieron que aun tenían en él;

9º Que, por lo mismo, don Daniel W. del Canto ningún derecho adquirió ni pudo adquirir al crédito cedido por ese instrumento, y la acción que de ellos deriva carece de fundamento legal;

10. Que, en la demanda, como sus propios términos lo demuestran, solamente pide del Canto se declare que doña Flora González v. de Castro debe pagar las cuotas é intereses que estima le corresponden como cesionario de don Eleodoro y don Benjamín 2º Castro, en el crédito que se obligó á pagar por la sucesión de don Benjamín Castro, á don Pablo José Castro por la escritura de fs. 13;

11. Que siendo así, y debiendo el fallo guardar conformidad con la demanda, no cabe pronunciarse en el presente juicio ni sobre los demás derechos hereditarios cedidos al demandante por don Benjamín 2º Castro ni sobre las otras acciones que pudieran proceder contra doña Flora González v. de Castro;

12. Que la reconvención ha sido propuesta sólo subsidariamente para el caso de darse lugar á la demanda.

Con arreglo á las disposiciones legales citadas y á lo prescrito en los artículos 1698, 1634, 1635 y 1665 del Código Civil, se revoca la sentencia apelada de 10 de marzo último y se declara: 1º que no ha lugar á la demanda y 2º que dada la declaración anterior no procede pronunciarse sobre la reconvención.

Acordada por unanimidad después de haber desaparecido la discordia que se produjo en la primera vista de la causa, previniéndose que los señores Ministros Moreno y Silva solo tuvieron presente para revocar la sentencia apelada: 1º que por la escritura de 1º de mayo de 1896, en virtud de la cual doña Flora Gon-

zález v. de Castro pagó la deuda que los hijos de don Benjamín Castro tenían á favor de don Pablo José Castro, se produjo novación respecto de dicha deuda por haberse sustituido un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia quedó libre: situación jurídica establecida por el hecho de haber concurrido el acreedor al acto de la escritura y haber manifestado su aceptación á lo en ella estipulado; y 2º que en mérito de lo expuesto en el fundamento anterior, la deuda condonada por don Pablo José Castro en la clásula 3ª de su testamento á favor de sus sobrinos los hijos de don Benjamín Castro, no existía á la fecha del fallecimiento de aquel y, por tanto, los derechos que se hacen valer por el demandante como derivados de esa condonación carecen de base legal.

Redactada por el señor presidente Pineda. —*Pedro N. Pineda.—Braulio Moreno.—Luis Ignacio Silva.—B. Alamos González.*

Contra esta sentencia interpuso el demandante en tiempo y forma recurso de casación en el fondo, exponiendo al formalizarlo; que la Corte de Apelaciones, al dictar esa sentencia ha considerado que siendo la condonación de la deuda de que se trata un legado y habiendo llegado á concurrir en la sucesión de don Benjamín Castro, relativamente á la acreencia legada, las calidades de acreedora y deudora de la sucesión de don Pablo José Castro, se verificó de derecho una confusión que extinguió la deuda y produjo iguales efectos que el pago, por lo cual el recurrente ningún derecho adquirió.

Que el error de esta conclusión nace de la indebida aplicación del art. 1,665 del C. C., pues según éste para que se realice la confusión, se requiere como requisito indispensable que se reunan en una misma persona la calidades de acreedor y deudor, lo que no ha sucedido en el presente caso; porque si bien la condonación de la deuda fué hecha á favor de los hijos de don Benjamín Castro, el crédito condonado no era contra dichos hijos sino contra la sucesión del mismo don Benjamín, y no puede decirse que éstos constituyan la sucesión, siendo dos entidades distintas.

Que la sucesión de una persona difunta según se desprende de lo dispuesto en los artículos 955 y 959 del Código Civil, es una entidad genérica que comprende los derechos no sólo de los herederos, como parece establecerlo la sentencia, sino también de todas aquellas otras entidades que pueden tener derecho en ella como son: las deudas hereditarias, los impuestos fiscales, las asignaciones por alimentos forzosos, el cónyuge por su porción conyugal, etc.

Que las circunstancias, invocada en el considerando 7.º, de haber sido instituido heredero don Benjamín Castro por don Pablo José Castro, no presta fuerza alguna a la aplicación que se ha hecho del citado artículo 1,665 del Código Civil, porque la cláusula 7ª. del testamento de este último determina que, en la institución de heredero, sea representado don Benjamín por sus hijos, lo que importa decir que éstos son los herederos mientras que la verdadera deudora es la sucesión del mismo don Benjamín Castro y no se han confundido en consecuencia los caracteres de deudor y acredor en una misma persona.

Que en la partición de los bienes de don Benjamín Castro, se separó de la masa la cantidad necesaria para cancelar la deuda de que se trata á favor de don Pablo José Castro y se la entregó á doña Flora González v. de Castro, cónyuge sobreviviente, para que cancelara esa obligación, y que, condonada la deuda, esa cantidad de dinero debería considerarse sin dueño si se aceptara la teoría establecida en la sentencia, porque habiendo salido de poder de la sucesión de don Benjamín Castro, sus herederos no tenían títulos para reclamarla como tales herederos, mientras que si se considera en el orden natural, este derecho nace correcto de la institución del legado constituido por don Pablo J. Castro á favor de los hijos de don Benjamín Castro.

Que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil es menos aceptable todavía si se toma en cuenta el derecho que ejercita el recurrente como cesionario de don Eleodoro Castro, pues, según la escritura respectiva le dió en pago y le cedió entre otros derechos la cuota que corresponde á don Eleodoro Castro en una escritura pública otorga-

da á don Pablo J. Castro por doña Flora González v. de Castro á que alude el testamento de don Pablo J. Castro;

Que podrán haberse confundido los derechos de acreedor y deudor en la deuda de la sucesión de don Benjamín Castro á favor de don Pablo J. Castro; pero de ninguna manera los derechos que á cualquier título que sea, tienen los copartícipes de la herencia de don Benjamín Castro para recuperar la suma que se entregó á doña Flora González á fin de que cancelara la deuda de don Pablo J. Castro, que es el derecho que ejercita el recurrente;

En el escrito en que se fundó el recurso se repite lo ya expuesto al formalizarlo y al responder la parte contraria y solicitar que se deseche, dice: que don Daniel W. del Canto incurre en un error de derecho confundiendo las personas que son las únicas que pueden ser herederas con los cargos ó deducciones á que está sujeto el acervo ó masa de bienes y á los cuales se refiere el artículo 959 del Código Civil;

Que sólo los herederos componen la sucesión de una persona y de ninguna manera las deudas hereditarias, los impuestos fiscales, ni demás cargos á que alude el recurrente;

Que la interpretación que la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha dado á las disposiciones testamentarias de don Pablo José Castro se apoya en la apreciación de los hechos de la causa tales como los ha dado por establecidos en los considerandos de la misma sentencia recurrida y como en la fijación de esos hechos el Tribunal sentenciador ejerce una atribución privativa, no es procedente el recurso de casación interpuesto; y

Que en atención á esos hechos la aplicación del derecho que hace la misma sentencia es perfectamente correcta, pues en los considerandos séptimo y octavo se establecen los mismos antecedentes exigidos en el artículo 1665 del Código Civil para que se verifique la confusión.

La Corte:

Considerando:

1º Que la sentencia recurrida establece como antecedentes del fallo los siguientes hechos que constan de autos: 1º que don Benjamín Castro adeudaba á su hermano don Pablo José Castro la suma de $ 3.203,55 que éste pagó por aquél al Banco Nacional, hoy Banco de Chile; 2º, que en el juicio de partición de los bienes de don Benjamín Castro se reconoció la efectividad de esa deuda y se convino en que fuera satisfecha por su viuda doña Flora González, á quien se suministraron los fondos para ello necesario; 3º, que en tal virtud la señora González, otorgó á favor de don Pablo José Castro el 1º de mayo de 1896, la escritura por la cual se obligó á pagarle la cantidad de $ 3.102,59 á que en esa fecha ascendía el crédito en cuestión, según se expresa en la escritura, la que en el mismo acto fué aceptada en todas sus partes por el acreedor; 4.º, que en el testamento hecho en Valparaíso en octubre de 1897, don Pablo José Castro por la cláusula 3.ª transcrita en la demanda condonó á los hijos de su hermano don Benjamín el crédito que tenía en contra de su sucesión y á que se refieren los números anteriores y por la cláusula 7ª, después de varias otras disposiciones, instituyó herederos del remanente á sus hermanos, nombrando, entre ellos, á don Benjamín, y determinando que en la institución de herederos fuera éste representado por sus hijos;

2.º Que á más de los hechos precedentes la Corte sentenciadora agregó el concepto jurídico de que el reconocimiento de deuda y aceptación consignados en la antedicha escritura no produjeron novación y que doña Flora González debía entenderse sólo diputada por el deudor para el pago ó que se obligaba con él solidaria ó subsidiariamente, como debía también entenderse que la condonación de la deuda hecha posteriormente por el acreedor á sus sobrinos en la cláusula 3ª de su testamento importaba un verdadero legado instituido en favor de estos últimos;

3º Que la fisonomía natural jurídica de la condonación de una deuda por disposición testamentaria lo mismo que por acto entre vivos es la de una verdadera remisión y produce en derecho sus mismos efectos, puesto que mediante la voluntad del testador claramente manifestada cesa para el deudor condonatario la obligación de cubrir dicha deuda

zález v. de Castro pagó la deuda que los hijos de don Benjamín Castro tenían á favor de don Pablo José Castro, se produjo novación respecto de dicha deuda por haberse sustituido un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia quedó libre: situación jurídica establecida por el hecho de haber concurrido el acreedor al acto de la escritura y haber manifestado su aceptación á lo en ella estipulado; y 2º que en mérito de lo expuesto en el fundamento anterior, la deuda condonada por don Pablo José Castro en la clásula 3ª de su testamento á favor de sus sobrinos los hijos de don Benjamín Castro, no existía á la fecha del fallecimiento de aquel y, por tanto, los derechos que se hacen valer por el demandante como derivados de esa condonación carecen de base legal.

Redactada por el señor presidente Pineda. —*Pedro N. Pineda.—Braulio Moreno.—Luis Ignacio Silva.—B. Alamos González.*

Contra esta sentencia interpuso el demandante en tiempo y forma recurso de casación en el fondo, exponiendo al formalizarlo; que la Corte de Apelaciones, al dictar esa sentencia ha considerado que siendo la condonación de la deuda de que se trata un legado y habiendo llegado á concurrir en la sucesión de don Benjamín Castro, relativamente á la acreencia legada, las calidades de acreedora y deudora de la sucesión de don Pablo José Castro, se verificó de derecho una confusión que extinguió la deuda y produjo iguales efectos que el pago, por lo cual el recurrente ningún derecho adquirió.

Que el error de esta conclusión nace de la indebida aplicación del art. 1,665 del C. C., pues según éste para que se realice la confusión, se requiere como requisito indispensable que se reunan en una misma persona la calidades de acreedor y deudor, lo que no ha sucedido en el presente caso; porque si bien la condonación de la deuda fué hecha á favor de los hijos de don Benjamín Castro, el crédito condonado no era contra dichos hijos sino contra la sucesión del mismo don Benjamín, y no puede decirse que éstos constituyan la sucesión, siendo dos entidades distintas.

Que la sucesión de una persona difunta según se desprende de lo dispuesto en los artículos 955 y 959 del Código Civil, es una entidad genérica que comprende los derechos no sólo de los herederos, como parece establecerlo la sentencia, sino también de todas aquellas otras entidades que pueden tener derecho en ella como son: las deudas hereditarias, los impuestos fiscales, las asignaciones por alimentos forzosos, el cónyuge por su porción conyugal, etc.

Que las circunstancias, invocada en el considerando 7.º, de haber sido instituido heredero don Benjamín Castro por don Pablo José Castro, no presta fuerza alguna a la aplicación que se ha hecho del citado artículo 1,665 del Código Civil, porque la cláusula 7ª. del testamento de este último determina que, en la institución de heredero, sea representado don Benjamín por sus hijos, lo que importa decir que éstos son los herederos mientras que la verdadera deudora es la sucesión del mismo don Benjamín Castro y no se han confundido en consecuencia los caracteres de deudor y acredor en una misma persona.

Que en la partición de los bienes de don Benjamín Castro, se separó de la masa la cantidad necesaria para cancelar la deuda de que se trata á favor de don Pablo José Castro y se la entregó á doña Flora González v. de Castro, cónyuge sobreviviente, para que cancelara esa obligación, y que, condonada la deuda, esa cantidad de dinero debería considerarse sin dueño si se aceptara la teoría establecida en la sentencia, porque habiendo salido de poder de la sucesión de don Benjamín Castro, sus herederos no tenían títulos para reclamarla como tales herederos, mientras que si se considera en el orden natural, este derecho nace correcto de la institución del legado constituido por don Pablo J. Castro á favor de los hijos de don Benjamín Castro.

Que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil es menos aceptable todavía si se toma en cuenta el derecho que ejercita el recurrente como cesionario de don Eleodoro Castro, pues, según la escritura respectiva le dió en pago y le cedió entre otros derechos la cuota que corresponde á don Eleodoro Castro en una escritura pública otorga-

da á don Pablo J. Castro por doña Flora González v. de Castro á que alude el testamento de don Pablo J. Castro;

Que podrán haberse confundido los derechos de acreedor y deudor en la deuda de la sucesión de don Benjamín Castro á favor de don Pablo J. Castro; pero de ninguna manera los derechos que á cualquier título que sea, tienen los copartícipes de la herencia de don Benjamín Castro para recuperar la suma que se entregó á doña Flora González á fin de que cancelara la deuda de don Pablo J. Castro, que es el derecho que ejercita el recurrente;

En el escrito en que se fundó el recurso se repite lo ya expuesto al formalizarlo y al responder la parte contraria y solicitar que se deseche, dice: que don Daniel W. del Canto incurre en un error de derecho confundiendo las personas que son las únicas que pueden ser herederas con los cargos ó deducciones á que está sujeto el acervo ó masa de bienes y á los cuales se refiere el artículo 959 del Código Civil;

Que sólo los herederos componen la sucesión de una persona y de ninguna manera las deudas hereditarias, los impuestos fiscales, ni demás cargos á que alude el recurrente;

Que la interpretación que la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha dado á las disposiciones testamentarias de don Pablo José Castro se apoya en la apreciación de los hechos de la causa tales como los ha dado por establecidos en los considerandos de la misma sentencia recurrida y como en la fijación de esos hechos el Tribunal sentenciador ejerce una atribución privativa, no es procedente el recurso de casación interpuesto; y

Que en atención á esos hechos la aplicación del derecho que hace la misma sentencia es perfectamente correcta, pues en los considerandos séptimo y octavo se establecen los mismos antecedentes exigidos en el artículo 1665 del Código Civil para que se verifique la confusión.

La Corte:

Considerando:

1º Que la sentencia recurrida establece como antecedentes del fallo los siguientes hechos que constan de autos: 1º que don Benjamín Castro adeudaba á su hermano don Pablo José Castro la suma de $ 3.203,55 que éste pagó por aquél al Banco Nacional, hoy Banco de Chile; 2º, que en el juicio de partición de los bienes de don Benjamín Castro se reconoció la efectividad de esa deuda y se convino en que fuera satisfecha por su viuda doña Flora González, á quien se suministraron los fondos para ello necesario; 3º, que en tal virtud la señora González, otorgó á favor de don Pablo José Castro el 1º de mayo de 1896, la escritura por la cual se obligó á pagarle la cantidad de $ 3.102,59 á que en esa fecha ascendía el crédito en cuestión, según se expresa en la escritura, la que en el mismo acto fué aceptada en todas sus partes por el acreedor; 4.º, que en el testamento hecho en Valparaíso en octubre de 1897, don Pablo José Castro por la cláusula 3.ª transcrita en la demanda condonó á los hijos de su hermano don Benjamín el crédito que tenía en contra de su sucesión y á que se refieren los números anteriores y por la cláusula 7ª, después de varias otras disposiciones, instituyó herederos del remanente á sus hermanos, nombrando, entre ellos, á don Benjamín, y determinando que en la institución de herederos fuera éste representado por sus hijos;

2.º Que á más de los hechos precedentes la Corte sentenciadora agregó el concepto jurídico de que el reconocimiento de deuda y aceptación consignados en la antedicha escritura no produjeron novación y que doña Flora González debía entenderse sólo diputada por el deudor para el pago ó que se obligaba con él solidaria ó subsidiariamente, como debía también entenderse que la condonación de la deuda hecha posteriormente por el acreedor á sus sobrinos en la cláusula 3ª de su testamento importaba un verdadero legado instituido en favor de estos últimos;

3º Que la fisonomía natural jurídica de la condonación de una deuda por disposición testamentaria lo mismo que por acto entre vivos es la de una verdadera remisión y produce en derecho sus mismos efectos, puesto que mediante la voluntad del testador claramente manifestada cesa para el deudor condonatario la obligación de cubrir dicha deuda

ó sea, sea se extingue la obligación misma en virtud de la condonación o remisión testamentaria, que es uno de los medios señalados por la ley para obtener el evento indicado.

4º que si bien es cierto que la condonación testamentaria de una deuda importa también un verdadero legado de la cantidad condonada que se deja al deudor ya que el testador dispone, á título singular, de una parte de sus bienes en favor de otra persona cuyo patrimonio se aumenta con el legado, también lo es que esa condonación no establece vínculos de acreedor y deudor entre el legatario ó legatarios agraciados y los herederos del testador condonante, puesto que éstos últimos nada deben ni tienen que pagar á los primeros en razón del legado de una especie ó cantidad determinada que ellos tienen ya en su poder; y puesto que los condonatarios tampoco conservan la calidad de deudores en razón de un crédito que ha dejado de ser tal, y por el contrario en virtud del mismo legado se desató el vínculo que anteriormente existía entre uno y otro, sin que sea jurídicamente posible á los herederos del condonante exigir ya de los deudores legatarios el pago de un crédito que les ha sido remitido por disposición expresa del testador;

5º Que en consecuencia, aun cuando los hijos de don Benjamín Castro en su calidad de heredero instituido de don Pablo José Castro y de sucesores suyos hayan adquirido, junto con la obligación de cubrir las cargas testamentarias, derechos de acreedor sobre los créditos existentes en favor de su causante, tal circunstancia no desnaturaliza ni desvirtúa el efecto jurídico de la condonación de la deuda dispuesta en favor de aquellos en el propio testamento en que se les instituyó de herederos, puesto que según se ha manifestado más arriba los deudores favorecidos con el legado remisorio no han podido convertirse mediante la cláusula testamentaria que tal cosa dispone, ni en deudores ni en acreedores de los herederos del testador ó sea en este caso ni en deudores ni acreedores de sí mismos;

6º Que siendo ello así, no concurren en los hijos de don Benjamín Castro, á pesar de su doble carácter de legatarios y herederos de don Pablo José Castro, las calidades de deudores y acreedores simultáneos que exige el artículo 1665 del Código Civil para que se verifique la confusión y se extinga por este medio la deuda ú obligación existente; y la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha infringido por tanto ese precepto legal al aplicarlo en un caso que no cuadra con lo que en él se establece;

7º Que por otra parte, haciendo abstracción de todo lo dicho y aún suponiendo que nó existiera el legado remisorio ante, aludido ó que no produjera los efectos legales que se propuso el testador al instituirlo, de todos modos la mera condición de herederos testamentarios de don Pablo José Castro que en unión de otros parientes suyos corresponde á los hijos de don Benjamín Castro no les habría conferido tampoco la calidad de acreedores directos y singulares de la sucesión de su padre difunto, por los tres mil y más pesos que dicha sucesión reconoció deber al mencionado don Pablo José y sólo les habría otorgado un derecho intelectual ó de cuotas sobre todos los bienes que componen la herencia indistintamente, sin que pudieran por tanto alegar, mientras ésta permaneciera indivisa, derechos especiales ó privativos sobre determinados bienes ó cosa de la misma herencia. De ahí es que si en la partición respectiva no se hubiera llegado á adjudicar á los herederos antes nombrado la deuda de su padre, jamás se habría verificado la confusión estatuida por el artículo 1665 del Código Civil, por cuanto no habrían concurrido en dichos herederos las calidades de acreedor y de deudor que la ley requiere. Y como ese evento de la partición y adjudicación dichas no aparece que haya tenido lugar, es necesario concluir con que los jueces del fondo, aun contemplada la cuestión bajo este nuevo aspecto, no habrían podido declarar extinguido el crédito á que se refiere la demanda en virtud de una confusión que en realidad no habría llegado á producirse;

8º Que á más de lo expuesto milita todavía el antecedente de que el legado que don Pablo José Castro dejó á sus sobrinos condonándoles la deuda que la sucesión de su padre reconocía en su favor, sólo puede favorecer á los deudores agraciados ya que no se trata aquí de la condonación de una obligación in-

divisible, y por lo mismo sus beneficios no alcanzan á doña Flora González, á la cual nada dejó el testador y sobre quien pesa intacta la obligación contraída por ella en la escritura, de pagar á don Pablo José Castro ó quiene sus derechos representen, la cantidad d $ 3.102,59, suma que oportunamente recibió de la sucesión deudora para que en su nombre verificara el pago; sin que pueda excusar este pago y mucho menos pretender hacer suyos aquellos fondos mediante un legado instituido en favor de otras personas y en el cual no tiene ella parte alguna;

9º Que la infracción del artículo 1665 del Código Civil ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia recurrida; puesto que los jueces del fondo han rechazado la demanda de don Daniel W. del Canto cesionario de don Eleodoro y de don Benjamín 2º Castro únicamente en atención á que el crédito cedido en virtud de la confusión operada no existía ya á la fecha en que aquellos, suponiéndolo existente, cedieron sus cuotas al demandante por las escrituras, error jurídico que indujo al tribunal sentenciador á acordar como fundamento decisivo del fallo recurrido el considerando 9º que á la letra dice: que por lo mismo don Daniel W. del Canto ningún derecho adquirió ni pudo adquirir al crédito cedido por esos instrumentos y la acción que de ellos deriva carece de mérito legal:

Por estos fundamentos y juzgando con arreglo á lo prevenido en los artículos 937, 940 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que há lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto por don Daniel W. del Canto contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Se invalida, en consecuencia, dicha sentencia.

Devuélvase al recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren. — *Leoncio Rodríguez.* — *Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V. —Abel Saavedra.—Carlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.*

Y fallando la causa:

Santiago, 4 de agosto de 1906.—Vistos: aceptando la parte expositiva y los considerandos 2º, 3º y 5º de la resolución de primera instancia y teniendo además presente:

1º Que la condonación á los hijos de don Benjamín Castro de la deuda que su sucesión reconocía á favor de don Pablo José Castro y ordenada por éste en la cláusula 3ª de su testamento, importa un verdadero legado de especie determinada, singular y divisible que aumenta proporcionalmente el patrimonio de los legatarios agraciados y que extinguió para ello por el medio legal de la remisión la obligación hereditaria que como sucesores de su padre habían tomado sobre sí;

2º Que instituido el legado de que se trata únicamente en favor de los hijos de don Benjamín, sobrino de don Pablo José Castro, ellos solos pueden gozar de sus beneficios y sus efectos remisorios no alcanzan á doña Flora González, á la cual nada dejó el testador y sobre quien pesa por lo mismo, intacta, la obligación contraída por ella en la escritura, de pagar al referido don Pablo José Castro ó á quienes sus derechos representen, con los fondos de que oportunamente fué provista por la sucesión deudora, la suma de $ 3.102,59 que reza la citada escritura;

3º Que de las escrituras consta que el demandante don Daniel W. del Canto adquirió por cesión y compra respectivamente de don Eleodoro y de don Benjamín 2º Castro, la cuota que al primero correspondía sobre los fondos de la escritura y los derechos hereditarios del segundo en la herencia de su tío don Pablo José Castro;

4º Que estando actualmente confundidos tanto la cuota ó parte que á don Eleodoro corresponde en el legado remisorio como los derechos hereditarios de don Benjamín 2º Castro, con los correspondientes en esos mismos cuerpos de bienes á otros legatarios y herederos que son comuneros entre sí en distintas comunidades, el demandante don Daniel W. del Canto si bien tiene título suficiente para intervenir en calidad de cesionario de aquellos en los respectivos actos de partición y liquidación de cada comunidad y para demandar también á nombre de y para la comunidad legataria el pago total del legado, carece sin embargo del derecho de cobrar en solo su nombre y sin que se haya verificado

la partición correspondiente, la cuota todavía indivisa que á sus cedentes puede corresponder en la cantidad que adeuda doña Flora González.

Por estós fundamentos y visto lo dispuesto en los artículos 2304, 2305 y 2313 del Código Civil y artículo 958 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de 10 de marzo de 1904, en cuanto desecha la reconvención y en lo demás sólo en cuanto declara la obligación que doña Flora González tiene de pagar á don Eleodoro y á don Benjamín Castro la cantidad de que se reconoció deudora en la escritura, cantidad que se determinará previa la liquidación correspondiente, y sin perjuicio de que don Daniel W. del Canto ejercite en la forma indicada en el considerando 4º de este fallo, los derechos particulares que como cesionario de sus mismos legatarios pueden corresponderle. Se revoca la mencionada sentencia en todo lo que no estuviere conforme con la presente.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren. — *Leoncio Rodríguez.* — *Leopoldo Urrutia.*—*Galvarino Gallardo.*—*V. Aguirre V.*—*Carlos Varas.*—*Abel Saavedra.*—*E. Fóster Recabarren.*—*A. Vergara Albano.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE SUPREMA

Cas. Civ.—30 de diciembre de 1906

Vallebona y otros con Fisco

Consulta.—Citación para sentencia en segunda instancia.—Cuestiones no debatidas en el juicio.—Casación en el fondo; causales.

DOCTRINA:—*Elevados en consulta los autos al Tribunal de Alzada por no haber apelado de la sentencia de primera instancia la parte agraviada, el único trámite procedente es el de traer los autos en relación, citándose á las partes con el objeto indicado en el artículo 924 del Código de Procedimiento Civil. El hecho de haber proveido el Tribunal de Alzada "traslado y enmiéndese la suma" en una presentación hecha por una de las partes no importa la suspensión del decreto de "autos en relación", pues este provcído no puede suspenderse sino para llenar el trámite necesario y sustancial para el pronunciamiento de la sentencia y de un modo expreso.*

No puede fundarse un recurso de casación en el fondo en la infracción de disposiciones legales que se refieren á una cuestión que no fué materia del litigio en primera instancia y sobre la cual no se pronunciaron por consiguiente la sentencia del juez ni la sentencia recurrida.

Don Alfonso Vallebona por don Gastón Pascal con los poderes y títulos acompañados demandando dice: que es dueño en unión con su mandante del 76⅔% de la estaca salitrera perteneciente á Domingo Lecaros, ubicada en Cachinal, departamento de Taltal, registrada en 1879 con el número 100 ante el notario de Copiapó don Agapito Vallejos donde tienen sus terrenos Ossa Hermanos; que según las leyes y decretos vigentes sobre derechos de los peticionarios de salitreras antes de la vigencia del actual Código de Mi-

nería, tiene derecho para que se mensure la pertenencia indicada y que por lo tanto pide que se declare que debe procederse á la mensura de los terrenos salitrales á que refiere el título y cuyos límites son: al Norte el cerro llamado de la Goma, al Sur las pertenencias descubridoras mensuradas de Ossa Hermanos al Naciente-Este la pampa de Cachinal y al Poniente, Oeste las salitreras mensuradas de Bacarante Calleje y Compañía.

El señor Promotor Fiscal contestó la demanda y dijo que las pertenencias materia de la demanda no han estado amparadas en la forma dispuesta en el decreto supremo de 28 de junio de 1877, que el decreto de 28 de mayo de 1888 que suspendió los efectos de los artículos 10 y 12 del decreto del 17 y declaró que esos artículos no tendrían aplicación sino después de el día en que quedaran terminados los ferrocarriles de Taltal á Cachinal y de Antofagasta á Aguas Blancas, fué derogado por el decreto de 22 de diciembre de 1896 en la parte que se refiere á las salitreras de Taltal; que si algún derecho tuviera el demandante ese derecho estaría prescrito por las prescripciones ordinaria y extraordinaria, sea civil ó minera, porque el Fisco ha estado en posesión constante de los terrenos cuya mensura se solicita y por lo tanto alega esas prescripciones á favor del Fisco; que el derecho que pudiera hacer valer el demandante sobre las propiedades de que es objeto la demanda estaría perdido por despueble por no haber sido amparadas con arreglo al decreto supremo de 28 de julio de 1877 y deduce excepción de despueble de la pertenencia salitrera que se trata de mensurar y que por lo tanto se deseche la demanda y el Juzgado se pronuncie en la sentencia sobre la acción de despueble y excepción de prescripción deducida.

Don José Manuel Piñera por don Gastón Pascal replicó y sostuvo:que debía darse lugar á la demanda porque no fué necesario hacer trabajos para amparar las pertenencias salitreras de Taltal porque se las amparó durante todo el tiempo que demoró la construcción del ferrocarril de Cachinal á Taltal; que la acción de despueble no es procedente porque no hay ley que la autorice; que ya se ha resuelto en repetidas ocasiones que deben ser mensuradas las pertenencias salitreras constituidas antes de la vigencia del actual Código de Minería y que la excepción de prescripción no es procedente porque el único poseedor con títulos registrados ha sido el concesionario de sus mandantes y no cabe alegar prescripción cuando ha existido amparo legal de las pertenencias.

El señor Promotor Fiscal duplicando, sostiene: que los demandantes tuvieron amparadas sus pertenencias durante la vigencia del decreto de 26 de mayo de 1881 pero no contaron con ese amparo antes de ese decreto ni con posterioridad al de 22 de diciembre de 1896, que es procedente la acción de despueble pues las pertenencias de los demandantes cayeron en despueble durante la vigencia del Código de Minería de 18 de noviembre de 1874 y que en los fallos á que alude el demandante los Tribunales no se han pronunciado sobre las excepciones de prescripción y despueble.

No habiendo rendido prueba testimonial, las partes fueron citadas para sentencia.

El Juzgado falló:

Considerando:

Que según el título que en copia autorizada se acompaña, Ismael Cordero por Domingo Lecaros solicitó una pertenencia de salitre en el desierto en 17 de mayo de 1879 y ese pedimento concedido y registrado en ese mismo día fué hecho bajo la vigencia del Código de Minería de 1874 y en conformidad á los decretos supremos de 27 de junio y 11 y 13 de septiembre de 1876 y 28 de julio de 1877 y según estas disposiciones el que había obtenido una estaca ó merced salitrera tenía derecho á la mensura y posesión material respectivas, que en virtud del título el concesionario y cedente del demandante obtuvo su derecho sobre la estaca salitrera que ha de completarse y convertirse en título definitivo por la diligencia de mensura que debe efectuarse en conformidad á los decretos citados;

Que la acción de despueble no es procedente porque no se la ha consagrado ó establecido

en el Código de Minería vigente y porque tampoco se ha probado que el demandante haya perdido su derecho por abandono ó despueble legítimamente declarado;

Que el Fisco no ha acreditado estar en posesión de la pertenencia salitrera cuya mensura se solicita y el demandante tiene inscrita y registrada su posesión hace más de un año; y

Que en el artículo 2º inciso último del Código de Minería que nos rige se reconoce expresamente el derecho de los particulares que hubieren constituido propiedad minera con anterioridad y conforme á las leyes.

Que ya se ha dejado establecido que en virtud del título se había constituido un derecho perfecto de propiedad sobre los terrenos en él especificados.

Visto lo dispuesto en las disposiciones citadas y artículos 700, 128, 924 y 1698 del Código Civil y 303 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar á la demanda y que no ha lugar á la acción de despueble y excepción de prescripción alegadas por el Fisco.—*Roberto Alonso.*

De esta sentencia no se dedujo recurso alguno por parte del Fisco, y elevados los autos en consulta á la Corte de Apelaciones, se ordenó traerlos en relación con fecha 5 de marzo de 1905, decreto que se notificó á cada una de las partes respectivamente, en los días 17 y 18 de marzo del mismo año.

En 22 de agosto de 1905 se presentó á la Corte de Apelaciones el Director del Tesoro por el Fisco, exponiendo: que á las razones manifestadas en primera instancia debía agregarse otra de una importancia decisiva y que hacía valer ante la Corte.

En la cesión hecha por Lecaros á Vallebona y Pascal no se ha llenado el requisito del artículo 151 del Código de Minería de 1874 para la tradición de las minas respecto de las cuales no se hayan constituido títulos definitivos y el del artículo 83 del Código de 1888.

En vista de estas disposiciones legales, es indudable que los cesionarios de Lecaros no son dueños de la pertenencia cuyo título definitivo tratan de obtener y en estas condiciones no pueden dirigir acción alguna contra el Fisco, ya que solo en virtud de un derecho real procedería acción contra un tercero como es el demandado. Pide, en consecuencia, se falle la causa absolviendo al Fisco de la demanda y revocando la sentencia de primera instancia.

Este escrito fué proveido: "Traslado y enmiéndese la suma".

La suma á que se refiere el decreto anterior era: "Pide que se tenga presente" estas palabras aparecen borradas y en la parte superior de esa frase se ha escrito "Expresa agravios."

Con fecha 1º de septiembre de 1905 una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago pronunció el siguiente fallo:

Vistos: se aprueba la sentencia consultada de 29 de septiembre último. Devuélvase.—*E. Donoso V.—J. Agustín Rojas.—José T. Marín.*

Contra esta sentencia se ha deducido recurso de casación en el fondo, á nombre del Fisco, por el Director del Tesoro, quien formalizándolo, dice: "El fallo de que se trata es nulo, porque se dictó sin estar citadas las partes para sentencia, trámite esencial del juicio, cuya omisión produce nulidad, según el número 9º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil."

Enmendada la providencia del escrito, se mandó expresar agravios, y esta providencia suspendió el decreto que ordenaba traer los autos en relación. Se ha fallado, por consiguiente, la causa sin haberse llenado el trámite de citación para sentencia. Además habiéndose ordenado expresar agravios, debió esperarse la contestación del apelado, que es otro trámite esencial de la apelación.

En vista de estas omisiones, pide que el Tribunal haga uso de la atribución que le confiere el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al fondo del recurso, se ha ordenado mensurar un pedimento cuya cesión á favor de don Alfonso Vallebona y á otro no ha sido inscrita en el Conservador de Bienes Raices respectivo, reconociéndoles, por tanto, dominio sin tenerlo.

Por esta causa se han infringido los artículos 149, 150 y 151 del Código de Minería de 1874 y artículos 81, 82 y 83 del Código de Minería de 1888. Se han infringido

también los artículos 577, 578, 582, 588, 670 y 686 del Código Civil.

Concluye pidiendo que se dé lugar al recurso.

Don Jorge García Huidobro por don Alfonso Vallebona y don Gastón Pascal, pide no se dé lugar al recurso.

Dice que no puede sostenerse que ha faltado la citación para sentencia, porque la expresión de agravios no es un trámite de la consulta, desde que no ha habido apelación por parte del Fisco.

En lo relativo al fondo del recurso, acompaña desde luego la escritura de la cual consta que se ha llenado el requisito de la inscripción en el Conservador de Minas, en cuanto á la transferencia que hizo á sus poderdantes don Domingo Lecaros.

Por lo demás, una pertenencia minera no mensurada no es un bien raiz, porque no la comprende la designación que hace el artículo 568 del Código Civil, no es un título definitivo de propiedad, y no se inscribe en el registro de propiedades, sino en el de descubrimiento de minas, requisito que se ha llenado.

Se oyó el dictamen de uno de los Ministros de la Corte.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que elevados en consulta los autos al Tribunal de Alzada, por no haber apelado de la sentencia de 1ª instancia, el Fisco, á quien le lué adversa, el único trámite procedente era el de traer los autos en relación citándose á las partes con el objeto indicado en el artículo 924 del Código de Procedimiento Civil, lo que tuvo efecto, como así consta de la providencia y notificaciones;

2º Que con arreglo á la ley, el decreto de "autos en relación" no ha podido suspenderse sino con el fin de llenar un trámite ó actuación que se hubiera estimado necesaria y sustancial para el pronunciamiento de la resolución que debía dictar el Tribunal de Alzada en caso de haber existido alguna omisión á este respecto, circunstancias que no reune la providencia, en la cual no se expresó tampoco que se dejaba sin efecto la citación decretada anteriormente para ver la causa en consulta;

3º Que la cuestión propuesta en el mencionado escrito por el Director del Tesoro acerca de que los demandantes Vallebona y Pascal no tienen el dominio de la pertenencia salitrera, cuya mensura han solicitado, por no hallarse inscrita la transferencia á que se refiere la escritura en el Registro del Conservador, no fué materia del litigio en 1ª instancia, no se pronunció sobre ella, por consiguiente, el juez, ni por lo mismo, ha podido ser considerada en la resolución que es objeto del recurso, ya que según lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias deben pronunciarse conforme al mérito del proceso, y no podrán extenderse á puntos que no hayan sido expresamente sometidos á juicio por las partes;

4º Que no habiéndose pronunciado el tribunal sobre la materia á que se refiere el recurso, no existe tampoco la infracción de las diversas disposiciones legales que se citan como violadas por la sentencia de que se reclama;

5º Que, por otra parte, la objeción que se hace por el Director del Tesoro al título de los demandantes, se reduce sustancialmente á negarle la personería para pedir la mensura, por no haberse verificado la tradición en forma legal y, entre tanto, consta de la cláusula de la escritura pública que no ha sido impugnada por el Fisco, que Vallebona y Pascal se obligaron á gestionar la mensura de la pertenencia salitrera objeto de la cesión contenida en dicha escritura ante las autoridades judiciales, defendiendo por su cuenta en 1ª y 2ª instancia lo juicios que fueren necesarios iniciar sin que Lecaros resultase gravado en ningún caso con gasto alguno por tal motivo, estipulación que constituye un verdadero mandato de parte tambien de Lecaros, cuyo dominio sobre la pertenencia de que se trata no se ha puesto en duda por el Fisco.

Por estos fundamentos, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo interpuesto en esta causa.

Redactada por el señor Ministro Bernales.

—Leoncio Rodríguez.—José Gabriel Palma Guzmán. — Galvarino Gallardo. — Vicente Aguirre Vargas.— Carlos Varas.—Abel Saavedra.—José Bernales.

Cas. Civ.—30 de noviembre de 1906

Riveros con Fisco

Salitreras.—Demarcación; prueba del dominio ó posesión.—Ocupación bélica; derechos del Fisco chileno sobre las salitreras de Tarapacá; cuadro de la propiedad salitrera de esta provincia.

DOCTRINA:—*La acción que concede el artículo 842 del Código Civil corresponde al dueño de un predio y quien la deduce tiene que acreditar que verdaderamente es propietario ó á lo menos que es poseedor del que trata de deslindar.*

No tienen dominio verdadero ó aparente de los terrenos salitrales de Tarapacá los denunciantes que no tenían la posesión real de sus estacamentos ú oficinas á la época de la ocupación de esa provincia por las armas de la República; y la sentencia que les reconoce dominio infringe los artículos 2 y 8 del tratado de paz con el Perú, promulgado como ley nacional el 20 de mayo de 1884, en el cual se consideró el decreto de 28 de marzo de 1882 que había reglamentado la propiedad salitrera privada de Tarapacá sobre la base del régimen legal antes establecido "no reconociendo otros títulos y derechos, á este respecto que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que los que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva"

Las disposiciones dictadas por el Gobierno del Perú en ejercicio de la ley de 18 de mayo de 1875 y según las cuales debían considerarse propiedad del Estado las oficinas ó estacamentos salitrales abandonados ó no trabajados por sus dueños, razón por la cual no figuraron en los cuadros formados por la comisión de ingenieros designada para llevar á efecto aquella misma ley, fijaron la condición de las propiedades salitreras en Tarapacá, condición en que las adquirió el Gobierno de Chile; y cualquiera que sea la legalidad de estos actos administrativos, emanados del Gobierno del Perú y que fueron cumplidos por las autoridades de esa Nación, no pueden ellos ser desconocidos en sus efectos jurídicos por las autoridades del país cesionario del territorio donde esos actos produjeran sus efectos.

Don Carlos Larraín Claro, abogado, domiciliado en la Avenida Pedro Valdivia número 49, por don Manuel Riveros y otros propietarios, domiciliado en la calle de Ramírez, de Iquique número 202, por don Mariano Maldonado y don Ricardo Maldonado, propietarios domiciliados en la misma ciudad de Iquique, calle de Thompson número 285, por don Juan Maldonado, don Eulogio Maldonado y doña María Maldonado, empleados los dos primeros, domiciliados en la calle Sotomayor número 218 y calle de Bolívar número 115, propietaria la tercera y con domicilio en la calle de Aníbal Pinto número 12 de Iquique; por doña Bernarda Ríos, sin profesión y con residencia en la misma ciudad; por don Baltasar Olivares, industrial de la misma ciudad, calle de Arturo Fernández número 214; por don Mariano Guevara, empleado en la salitrera "Camiña"; por don Ildefonso García de Iquique, mueblista que vive en la calle de Sotomayor número 9; por don Mariano Río, empleado en la oficina de la salitrera "Progreso"; por doña Clara González, propietaria en Iquique, domiciliada en la calle de Bolívar

número 216; por doña Eduvigis Soto, propietaria ausente; por doña Marcelina Alcedón de Méndez y don Moises Méndez, aquella sin profesión, empleados en la oficina salitrera "Progreso"; por doña Carolina Alcedón, propietaria, calle de Barros Arana, número 221, Iquique; por don Pedro J. Ramírez y doña Mercedes Barbosa v. de Reyes, aquel sastre, domiciliado frente á la estación de Huara, y la última propietaria domiciliada en Cancho nes; según aparece de la delegación que presenta, solicita comparendo con el representante legal del Fisco para nombrar perito que proceda á verificar los límites que separan á la salitrera "Soledad" que han poseído y explotan sus mandantes y de la que son dueños exclusivos, según los títulos que presenta, de los terrenos colindantes con dicha pertenencia en sus puntos de contacto, y á fijar los hitos correspondientes en el terreno, bajo apercibimiento de hacerse la designación por el juzgado.

El Director del Tesoro, empleado con residencia en el Palacio de la Moneda, en representación del Fisco, se opuso al comparendo y pidió que se mandara deducir acción en forma en un plazo dado, bajo apercibimiento de no ser oidos después.

El señor Larraín Claro expone en orden á la oposición: que en definitiva se dé lugar á la demanda, negándose lugar á la reconvención en cuanto se niega el hecho de la posesión y dominio de los demandantes á la pertenencia "Soledad", y se sostiene ser del Fisco, por no figurar en el cuadro hecho por ingenieros del Perú y haber caído en despueble bajo el dominio de esta Nación, no existiendo, por tanto, al presente. Sostiene que las alegaciones anteriores no se concilian: la salitrera existe, como lo acreditan los títulos acompañados, y su existencia no se armoniza con el despueble, y esta excepción rechaza la de que no figuró en los cuadros formados por los ingenieros del Gobierno del Perú para expropiar todas las salitreras.

De los títulos acompañados consta además que la salitrera se mensuró en julio de 1855 y se demarcó; que los demandantes entraron en posesión de ella; que en 18 de Octubre de 1878 se hizo la tasación de la misma por el ingeniero del Gobierno, y á la fecha de la ocupación de Tarapacá por el ejército de Chile se tramitaba aún el expediente de su expropiación y por esta razón no figuró en el cuadro de las salitreras expropiadas por el Gobierno del Perú en agosto de 1877. Se ve, pues, que los demandantes son dueños de quinientas estacas salitreras.

Consta además de ellos que don Raimundo Soto denunció como descubridor para sí y para las diez familias que enumera, una pampa extensa de salitre con límites determinados y pidió la adjudicación de quinientas estacas que le fueron adjudicadas, y su mensura y alinderamiento se llevó á efecto el 20 de julio de 1855, quedando en posesión y propiedad del estacamento. Consta de las escritura de compra que don Manuel Riveros compró sus estacas á doscientos treinta y tres de los primitivos denunciantes, y esos títulos de dominio fueron los presentados al Gobierno del Perú con motivo de la ley de expropiación de salitreras de 28 de mayo de 1875, según consta del cuadro que el Prefecto de Tarapacá don Bruno Bueno pasó á su Gobierno en 24 de julio de 1876, títulos aprobados por la comisión de abogados que se nombró para estudiar los de las salitreras ofrecidas en venta, y que en virtud de tal informe los ingenieros procedieron á tasar la denominada "Soledad". Como no llegó á efectuarse la venta, la propiedad no pasó á manos del Gobierno del Perú, hecho reconocido por decreto de 17 de marzo de 1879, trascrito al Prefecto de Tarapacá y por el cual se le ordenaba que por medio del agente fiscal solicitara judicialmente el despueble de la salitrera "Soledad de Soto", entre otras, orden que no pudo cumplirse por haber ocupado ese territorio el ejército chileno.

El Gobierno de Chile, como sucesor del Gobierno del Perú en el dominio de esos territorios, pasó á gozar de todos los derechos y á sufrir todas las obligaciones que el del Perú tenía contraídas en conformidad á las leyes que habían regido en Tarapacá y debe respetar el dominio que los demandantes tienen en la referida salitrera. Y ese reconocimiento ha sido legalmente declarado por el artículo 2º del Código de Minería. Y constando que los

demandantes ó sus antecesores han constituido propiedad minera conforme á las Ordenanzas de Nueva España, el Estado de Chile debe respetar esa propiedad y permitir la libre explotación.

La adquisición se efectuó con arreglo á las leyes vigentes en el Perú en 1855, como consta de los títulos; y en virtud del artículo 9º título 6º de la Ordenanza de Nueva España, debe reconocerse el derecho de no ser privado de la tenencia de la salitrera sino después de ser vencido en juicio de propiedad, hecho que no ha ocurrido.

Además, extraviados los títulos, don Raimundo Soto obtuvo copia autorizada de ellos; ejecutó cateos, construyó edificios, explotó salitre y con ello amparó la salitrera, sin que ello caducara por la paralización de trabajos que le dejaban pérdidas por la distancia y derechos de Aduana.

Por decreto de 30 de noviembre de 1868, confirmado por el de 12 de julio de 1872, el Gobierno del Perú dispuso, artículo 5º, del último decreto, que los depósitos de salitre no eran denunciables, porque todos los terrenos existentes en la República que no están en el dominio de los particulares son de propiedad nacional. Igual respecto de la propiedad particular se consignó en la ley de Estanco de 18 de enero de 1873 y en la expropiación de 28 de mayo de 1875, con relación a los terrenos adquiridos en conformidad á las leyes anteriores al año 1868.

Los decretos del Gobierno del Perú que pretendieron declarar administrativamente el despueble de estacamentos salitreros, se refirieron siempre a los que carecían de oficina y maquinarias que suponían la no existencia verdadera; pero la propiedad "Soledad" no se encontraba en esta situación. Pero aun despoblada, no pudo declararse administrativamente el despueble, porque á ello se opone la ley, artículos 8º y 9º del título 2º del Código de Minería, que manda que el despueble sea declarado por el Juzgado de Minas y en juicio contradictorio. Queda, pues, demostrado que la salitrera "Soledad" no fué declarada en despueble y no llegó á pertenecer al Gobierno del Perú, y no se ve como pudo adquirirla por despueble ó de otra manera el Gobierno de Chile su sucesor.

Con arreglo á las leyes chilenas, debe también desecharse el despueble deducido por el Fisco, puesto que el artículo 2º del Código de Minería vigente reconoce la propiedad particular adquirida en conformidad á las leyes anteriores, y las que en Tarapacá han autorizado la constitución de la propiedad salitrera son las Ordenanzas de Nueva España.

Por auto de fs. 93 se mandó tener por demanda los escritos de fs. 66 y f. 76.

El Director del Tesoro contesta y pide se deseche la demanda.

Los antecedentes expuestos en la demanda, dice el representante del Fisco, manifiestan que los vendedores al otorgar las escrituras de compraventa, no estaban en posesión ni tenían en su poder los terrenos á que se referían los derechos y acciones que vendían. Y si hubieran tenido anteriormente esa posesión, la habrían perdido desde que el Gobierno de Chile, á virtud del tratado que celebró con el Perú el 11 de octubre de 1884, como dueño entró tranquila, ostensiblemente y sin contradicción alguna, en posesión de los terrenos indicados en la demanda, terrenos que mantiene constantemente en su poder y cuya conservación vigila por medio de empleados especiales. La ley de 28 de mayo de 1875, reproduciendo una disposición de la de 1873, que se hallaba ya consignada en el decreto de 30 de noviembre de 1868, prescribió en el artículo 2º que quedaba prohibida la adjudicación de terrenos salitrales. Prohibida la adquisición por particulares y desinteresados éstos para pedir la declaración de despueble, desde que no podían adquirir el terreno que denunciasen y autorizando el Estado para adquirir los terrenos y establecimientos salitrales de Tarapacá; como la ley nada disponía de un modo expreso acerca de la condición legal respecto del Estado, de los terrenos que por estar abandonados ó paralizados, podían ser declarados en despueble á petición de un particular, se dictó el decreto de 13 de julio de 1876, según el cual, entre otras cosas, contiene la disposición general del artículo 3º que los estacamentos que no hayan sido explotados ó hayan sido abandonado-

por el tiempo fijado por las Ordenanzas de Minería, serán considerados con arreglo á éstas, como propiedad nacional y no podrán ser objeto de nuevas demandas ni adjudicaciones por autoridad alguna, con arreglo al artículo 2º de la ley de 18 de mayo de 1875.

El Gobierno del Perú consideró comprendidos en el decreto de 1876 todos los establecimientos que no figuraban en los cuadros formados por la comisión de ingenieros encargada de hacer el avalúo de los establecimientos que elaboraban salitre en Tarapacá, y por ello no compró los que se ofrecieron en venta y que no aparecían en los cuadros, que se consideraban del Estado, y en tal sentido se dictaron sentencias y se hicieron diligencias judiciales para dar cumplimiento á los decretos del caso.

Además, los documentos acompañados de contrario no tienen mérito legal, porque no se confirió la posesión de las estacas de salitre conforme á la ley vigente que obligaba á explotarlas y labrarlas durante cierto tiempo, bajo pena de volver al dominio del Estado, quien conservaba el derecho de adjudicarlas al primero que las denunciara. Hubo, pues, declaración de despueble por el hecho de no figurar las pertenencias de los demandantes en los cuadros de que se ha hecho mención, y el decreto de 15 de marzo de 1879 no importa la derogación de los anteriores, ni la abrogación del orden de cosas establecido.

Y si lo anterior no bastara para desechar la demanda, pide se declare el despueble de la "Soledad" por no haberse amparado con arreglo á la ley, formulando reconvención al respecto.

Se oponen en la réplica al despueble como excepción y como reconvención las siguientes razones: que pedida, concedida y registrada con arreglo á las Ordenanzas de Nueva España vigentes en esa época en el Perú, la pertenencia "Soledad" la posesión originaria se adquirió por el registro legalmente verificado, constituyendo un derecho perfecto de propiedad reconocido especialmente por los artículos 9º, 10, 11 y 22 del título 6º de la Ordenanza, mucho más tratándose de una pertenencia que fué mensurada y de la que el descubridor tomó posesión en conformidad á dicha Ordenanza, como consta de autos; que tal derecho sólo se perdía por abandono judicial ó despueble legalmente declarado, que no ha existido en el presente caso, y, por fin, que la reconvención no es legal porque no existe en la legislación vigente el abandono ó despueble de las minas. Pide se acceda á la demanda y se deseche la reconvención.

En la dúplica se sostiene que la jurisprudencia citada en la réplica no tiene aplicación en este caso; que los títulos de don Romualdo Soto sobre la salitrera "Soledad" fueron presentados dos veces á la Delegación Fiscal de Salitreras y se les rechazó, entre otras razones, por no figurar en los cuadros de los ingenieros del Perú; que durante la ocupación chilena jamás han estado los demandantes en posesión de los terrenos que pretenden reivindicar, y procede al despueble porque se demanda la restitución de un estacamento salitrero de que el Gobierno chileno se considera dueño, como cesionario del Gobierno del Perú, estando á la época de la cesión comprendida en la situación creada por el decreto de 1879 y puede el Fisco hacer valer en la actualidad el derecho que, con arreglo á ese decreto, podía hacer valer el del Perú como cedente, no siendo aplicables las disposiciones del Código Nacional de Minería.

Se recibió la causa á prueba sin rendirse ninguna testimonial, y con lo alegado por las partes y dictamen del señor Promotor Fiscal, se citó para sentencia. Uno de los juzgados de Santiago falló el 28 de noviembre de 1903:

Considerando:

1º Que de las escrituras consta la compra hecha por don Manuel Riveros, por un precio dado, de los estacamentos salitreros que se trata de delimitar; del poder dado por don Mariano Maldonado y otros al mismo señor Riveros, y de los demás que se agrega á la demanda las delegaciones hechas, sin haberse negado la personería del comprador, vendedores y demandantes;

2º Que de los títulos compulsados aparece que solicitada la merced, se mandaron dar avisos para ver si se deducía oposición, y pasado el término se mensuró la pertenencia con linderos y extensión determinados y se puso en po-

sesión al solicitante ejecutando este acto significativo de dominio, de todo lo cual se dejó constancia;

3º Que tales mercedes se concedieron con arreglo á las prescripciones de la Ordenanza de Nueva España, vigentes á la fecha de los pedimentos en el Perú, hecho que no se ha negado por la parte demandada, y antes de dictarse por aquella nación la ley de 1875 que prohibía la adjudicación de terrenos salitrales; y que la propiedad "La Soledad" fué ofrecida en venta real al Gobierno del Perú con sus respectivos títulos, y constando que fué tasada por el ingeniero señor Arancibia en una suma pequeña en atención á la distancia y otros motivos, y examinados los títulos.

4º Que, dados estos antecedentes, don Romualdo Soto, antecesor de los demandantes, era considerado dueño y poseedor de la salitrera "Soledad", y tales antecedentes, no habiendo prueba en contrario, ni objetándose legalmente su validez, deben tenerse como bastantes para acreditar el dominio;

5º Que no habiendo constancia en autos del despueble de aquella propiedad antes de la fecha del decreto del Gobierno del Perú de 15 de marzo de 1877, que dispuso que el ajente fiscal de Iquique solicitase judicialmente la declaración de despueble de las oficinas y estacamentos que conforme á las Ordenanzas de Minería no hubieran sido trabajadas durante ocho meses, debe justificarse que se pronunció sentencia en tal sentido, ya que aquel mismo gobierno reconoció al poder judicial la facultad de resolver al respecto, y nada de ello se ha probado;

6º Que en nada se desvirtúa el valor legal de los títulos presentados por los demandandantes por el hecho de no figurar la propiedad la "Soledad" en el cuadro de los ingenieros del Perú, ya que sería dar á este cuadro más fuerza legal que á los títulos con que se acredita la merced, mensura y posesión, expedidos por autoridad competente y con arreglo á las Ordenanzas de Minería, ley sustantiva que prima sobre decretos y cuadros de ingenieros;

7º Que no constando la existencia de la sentencia de despueble de la citada propiedad antes de pasar al dominio pleno y soberano de Chile, el territorio de Tarapacá, que lo adquirió con el mismo estado que tenían las cosas en el momento de la adquisición ú ocupación, ya que no consta lo contrario, hay que averiguar si tal despueble se efectuó con arreglo á ley chilena vigente, ya que esta no puede dejar de aplicarse, y de autos no aparece tal resolución durante la vigencia del Código de Minería de 1874;

8º Que desde antes de la fecha de la demanda no rige disposición alguna que permita entablar acción de despueble, y por tanto no precede la reconvención deducida, ni aun á pretexto de haber adquirido Chile por la cesión de Tarapacá el derecho de interponerla en virtud de la facultad que el cedente de aquella provincia ó territorio tenía al respecto, aparte de los fundamentos aducidos, porque aquella ley es obligatoria no sólo para los chilenos, sino para los extranjeros residentes en el territorio, y no puede, en consecuencia, dejarse de aplicar la chilena, que reconoce derechos y obligaciones, prefiriendo la peruana que lesiona esos derechos y obligaciones recíprocos y pugna con aquella;

9º Que adquirida la pertenencia salitrera «La Soledad» con arreglo á la Ordenanza de Minería que reconoce el dominio mediante la inscripción, pasó á regirse por las prescripciones que le corresponden, y para que cese la posesión inscrita es necesario que la inscripción se cancele por los medios indicados en el Código Civil, nada de lo cual consta de autos; y

10. Que, probado el dominio, tiene derecho el propietario de la salitrera «La Soledad» de pedir el nombramiento de perito que la delimite de los demás terrenos que la rodean, según los límites de la merced y mensura respectivas.

Por estas consideraciones y lo que también disponen los artículos 9, 14, 1698 del Código Civil, 9, 10, 11 y 12, título 6º de la Ordenanza de Nueva España, 2, 81, 134 del de Procedimiento Civil, se declara:

1º Que ha lugar á la demanda; y 2º Que no ha lugar á la reconvención. —*José T. Marín.*

Apelada esta resolución:

Santiago, mayo 26 de 1905.—Vistos: Considerando en lugar de los fundamentos 7 y 8 de la sentencia de primera instancia.

1º Que el decreto dictado por el Gobierno del Perú el 13 de Julio de 1876 se limitó á disponer que pasarían á ser propiedad nacional los estacamentos no explotados ó abandonados por el tiempo fijado en las Ordenanzas de Minería, pero no contiene disposición alguna que declare incorporados al patrimonio del Estado determinadas pertenencias salitreras; ni se han invocado tampoco otras resoluciones emanadas del mismo Gobierno que hicieran tal declaración respecto de la oficina «Soledad»;

2º Que, cualquiera que sea el mérito legal que se atribuya al mencionado decreto, él no modificó el procedimiento establecido para obtener la declaración de despueble, que segun las Ordenanzas de Minería debía solitarse judicialmente; y por el contrario, el decreto del mismo Gobierno de 15 de marzo de 1879 dispuso que se ocurriera á los Tribunales pidiendo el despueble de las oficinas ó estacamentos que no hubiesen sido trabajados durante ocho meses;

3º Que no se ha comprobado ni alegado que antes de la ocupacion chilena se hubiera solicitado judicialmente por el Gobierno del Perú el despueble de las pertenencias materia del actual litigio; y

4º Que el Estado de Chile no ha ejercitado tampoco este derecho con anterioridad al presente juicio; y, por el contrario, ha dictado leyes de carácter general sin excepción alguna, como el Código de Minería de 20 de diciembre de 1888, que suprime el despueble y ampara los derechos emanados de la concesión en que los demandantes fundan su derecho.

Y teniendo presente en cuanto á la incidencia formulada en el escrito.

1º Que los documentos redargüidos de falsos en dicho escrito son las escrituras de compraventa con que justifican su personería algunos de los actuales demandantes y no los instrumentos que acreditan la concesión y mensura de las pertenencias materia del presente juicio, que son los títulos que le sirven de fundamento;

2º Que entre los demandantes figuran algunos de los primitivos concesionarios y que, atendida la naturaleza de la acción deducida, ellos habrían podido interponerla por sí solos en su carácter de comuneros;

3º Que en consecuencia no es indispensable para el fallo de la causa la prueba ofrecida en los autos mencionados y no podrían, por lo tanto admitirse con arreglo á lo dispuesto en el artículo 230 del Código de Procedimiento Civil.

Visto además lo dispuesto en el artículo segundo del Código de Minería se confirma la referida sentencia de 28 de Noviembre de 1903, y se declara sin lugar la petición formulada en lo principal del escrito para que se reciba á prueba el incidente á que ella se refiere.

La primera de estas resoluciones ha sido acordada por los señores Ministros Fernández, Barriga y Reyes Solar, llamado el primero á dirimir el empate que se produjo en la primera vista de la causa contra la opinión de los señores Mora y Rojas, quienes opinaron por revocar la sentencia de primera instancia y declarar sin lugar la demanda por las razones que consignan en el libro de votos.

Redactada por el señor Ministro don Luis Barriga—*J Alejo Fernández.—L. R. Mora.—L. Barriga.—.J. A. Rojas.—R. Reyes Solar.*

Contra esta sentencia ha entablado el Director del Tesoro el recurso de casación en el fondo y, formalizándolo, expone que el Tribunal, al confirmar la sentencia de primera instancia ha declarado que ha "lugar á la demanda" ó sea que debe procederse á verificar los límites que separan á la salitrera "Soledad", de que los demandantes son dueños exclusivos, de los terrenos colindantes.

Añade: US. Iltma. ha declarado que los demandantes son dueños exclusivos de la expresada salitrera y que lo son en virtud de lo dispuesto en las Ordenanzas de Minería de Nueva España y en las leyes y decretos del Gobierno del Perú que se invocan en los considerandos de la sentencia de primera instancia que el Tribunal ha mantenido y en los fundamentos de la sentencia de US. Iltma. que reconocen el dominio de los demandantes por haberse adquirido en conformidad á aquellas leyes y decretos."

"Esta declaración viola en sus mismos fun-

damentos los artículos segundo y o tavo del tratado celebrado con el Perú, firmado en Lima el 20 de octubre de 1883 y que son ley de la República.

"Por el artículo segundo el Perú cedió á Chile perpetua é incondicionalmente el territorio de la provincia litoral de Tarapacá. Esta cesión comprende todos los bienes que el Perú tenía en el territorio cedido entre los cuales se encontraban las salitreras que, como la "Soledad", habían sido declaradas en general propiedad del Estado, á virtud de lo dispuesto en el decreto de 15 de marzo de 1879. La cesión, por lo demás, no quedó sugeta á condición alguna.

"El artículo 8º declaró que el Gobierno de Chile no reconocía fuera de las obligaciones que espontáneamente aceptó en el decreto de 28 de marzo de 1882, que reglamentó la propiedad salitrera de Tarapacá, otra alguna que afectase á los nuevos territorios adquiridos, cualquiera que fuera su naturaleza y procedencia.

"El decreto citado de 28 de marzo de 1882, que formaba parte integrante de este tratado ha sido tambien violado en el fallo recurrido, así como los de 11 de junio y 6 de setiembre de 1881, dictados para iniciar la constitución de la propiedad salitrera de Tarapacá y la liquidación de las obligaciones que la ley de 28 de mayo de 1875 impuso al Gobierno del Perú, y que determinaron, como lo dijo el abogado fiscal en su alegato, cuales eran los únicos derechos que Chile reconocía á los particulares sobre las salitreras.

"Sobre la "Soledad" no se habían emitido certificados salitreros porque esa salitrera no llegó nunca, como está confesado por los demandantes, á ser objeto de una promesa de venta ni de contrato real alguno con el Gobierno del Perú.

"De manera que el fallo de US. Iltma. hiere de frente todas estas disposiciones arrebatando al Estado un bien que así el Gobierno del Perú habría declarado propiedad nacional como las leyes chilenas habían declarado también incorporado al patrimonio de la nación.

"Es ocioso, porque es evidente, demostrar que las leyes y decretos peruanos relativos á la constitución de la propiedad salitrera se consideran incorporados en nuestra legislación según los principios más elementales del Derecho Internacional.

"No podía, en efecto, llegar á establecer qué propiedad salitrera pertenece á particulares en Tarapacá si no se estudia la legislación peruana, á fin de establecer con arreglo á sus disposiciones si se había o nó constituido propiedad minera particular que quedara sustraída á la reserva que, en favor del Estado, hace el inciso final del artículo 2º del Código de Minería.

"Declarando US. Iltma. que la "Soledad" pertenece á los demandantes, pues ha declarado que ha lugar á una acción que sólo corresponde al dueño de una cosa, ha fallado que los demandantes han constituido propiedad minera con arreglo á las Ordenanzas de Minería de Nueva España y leyes y decretos peruanos.

"El fallo ha infringido en este sentido el inciso final del artículo 2º del Código de Minería, el artículo 3º del título 5º y artículo 13 y 14 del título 9º de las referidas Ordenanzas, el artículo 3º del decreto peruano de 13 de julio de 1876, el artículo 2º de la ley de expropiaciones de 28 de mayo de 1875 y el ya mencionado decreto peruano de 15 de marzo de 1879. Todas estas leyes y decretos establecen que una salitrera en las condiciones de la "Soledad" pertenece al Estado y US. Iltma. ha declarado el dominio de particulares sobre ella.

"Se ha infringido, asímismo, en este fallo lo que dispone el artículo 640 del Código Civil, pues se ha establecido dándose lugar á la demanda, que los demandantes son dueños de la "Soledad", ó sea, se ha declarado que el Estado no se ha hecho dueño por la ocupación bélica de las propiedades que tomó en la guerra contra el Perú y Bolivia.

"Finalmente, se ha infringido lo que dispo nen los artículos 12, 22 y 23 de la ley de 7 de octubre de 1861, porque ni los demandantes adquirieron en conformidad á las leyes invocadas por US. Iltma. un derecho real que haya podido subsistir bajo el imperio de nuestras leyes, ni han sido válidamente celebrados los actos que sirven de fundamento á la demanda.

"Las causales de este recurso están fijadas en el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil."

En la fundación del recurso, el Director del Tesoro insiste en estas alegaciones que desenvuelve y refuerza con mayor extensión, terminando con pedir se le dé lugar y se invalide la sentencia impugnada.

La parte recurrida ha solicitado, á su vez, se rechace el recurso por las razones que latamente hace valer en su respuesta.

Se ha oído á uno de los señores Ministros de esta Corte.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la acción deducida por los demandantes contra el Fisco, es la demarcación que reconoce el artículo 842 del Código Civil, al dueño de un predio para que se fijen los límites que lo separen de los predios colindantes;

2º Que, como lo expresa dicho artículo, esta acción corresponde al dueño de un predio; de lo que se infiere que el que la deduce tiene que acreditar que verdaderamente es propietario del que trata de deslindar, ó á lo menos que es su poseedor, á quien por tanto debe reputarse dueño mientras no se justifique lo contrario, conforme á la presunción que establece el artículo 700 de ese Código;

3º Que, acerca de tal posesión, consta de todos los antecedentes del proceso que la salitrera denominada "Soledad de Soto" no se encuentra poseída por los demandantes, quienes, por este motivo no pueden invocar á su favor la presunción de dominio á que se refiere el citado artículo 700; ya que por el contrario consta que los terrenos donde existió ese estacamento en época remota, pasaron á poder del Estado peruano, por abandono y falta de trabajo de sus antiguos dueños, según lo expresa especialmente el informe suscrito de orden del Gobierno de esa nación por uno de los ingenieros de la comisión encargada de tasar los estacamentos de propiedad particular para los efectos de la ley de expropiación del salitre de 18 de mayo de 1875;

4º Que respecto al dominio del estado peruano sobre los estacamentos abandonados y no trabajados por sus dueños con arreglo á la ley minera, el Gobierno del Perú, á fin de cumplir la citada ley de expropiación de 18 de mayo de 1875, que autorizó al Ejecutivo para adquirir los terrenos y establecimientos salitreros de esa región adoptando las medidas que estimaran necesarias á este objeto, expidió entre otros, los decretos de 13 de julio y 16 de diciembre de 1876 y 16 de agosto de 1879, en los cuales resolvió que sólo debían considerarse de propiedad particular los establecimientos ó terrenos salitrales comprendidos en los cuadros de la comisión de ingenieros que acaba de mencionarse, estimando que eran del dominio del Estado todos los demás, porque á su juicio se había extinguido el derecho de sus dueños por abandono ó despueble efectuado, *ipso facto* según la ley minera;

5º Que sobre este particular dice el decreto de 16 de agosto de 1874: Y por cuanto es necesario se dé cumplimiento á lo resuelto por el Gobierno en las resoluciones de 13 de julio y 16 de diciembre de 1876, respecto á la prohibición de trabajar construcciones de oficinas de paradas en estacamentos abandonados, que son propiedad del Estado, conforme á las leyes de minería, se dispone que la Dirección de Rentas remita al Prefecto de Tarapacá una razón de todas las oficinas y todas las paradas que fueron tasadas por la comisión de ingenieros por ser las únicas que existían, y estar abandonados y no trabajados los demás estacamentos y perdido conforme á las leyes. Sobre la misma materia, el decreto de 13 de julio de 1876, contiene la disposición general del artículo 3º, según la cual, los estacamentos que no hayan sido explotados ó hayan sido abandonados por el tiempo que fijan las Ordenanzas de Minería, serán considerados, dice, con arreglo á éstas, como de propiedad nacional, y no podrán, agrega, ser objeto de nuevas demandas ni adjudicaciones por autoridad alguna con arreglo al artículo 2º de la ley de 18 de mayo de 1875;

6º Que este decreto así como el de 16 de diciembre, que sancionó y mandó cumplir el anterior, fueron expedidos en concepto del Gobierno peruano, no sólo á virtud de la autorización que confirió al Ejecutivo de la ley de expropiación de 1875, sino en mérito de que,

prescribiendo esta ley que continuaba prohibida la adjudicación de la propiedad salitral sin determinar cuál era la condición de los salitrales abandonados y no trabajados, declaró vigente el despueble administrativo que regía desde 1868 porque, lo mismo que acontecía desde esa fecha, los particulares no tenían interés alguno en solicitar ellos este despueble que subsistía como sanción legal por la falta de trabajo;

7º Que los autos acreditan que esta era condición legal que regía la propiedad salitral en Tarapacá á la fecha que esa región fué ocupada marcialmente por el Gobierno de Chile y cuando se verificó la cesión territorial, según el Tratado de Paz de 21 de mayo de 1884;

8º Que la salitrera "Soledad" de que se trata, se halla comprendida entre aquellas que fueron declaradas en despueble por las disposiciones transcritas, porque es un hecho indiscutible que no figuró en los cuadros de la Comisión de Ingenieros nombrados por el Gobierno del Perú para llevar adelante la citada ley de expropiación, adquiriendo la propiedad sólo de aquellas oficinas ó paradas que no habían revertido al dominio del Estado por abandono ó despueble; y no figuró, según la posesión textual del informe oficial á que se alude más atrás, porque la "Soledad" de Romualdo Soto era una oficinita de parada completamente abandonada desde tres ó cuatro años antes de 1875, en la cual fecha la casa no tenía techumbre, ni había herramienta de ninguna clase, y según las demostraciones existentes, el salitre que se había explotado lo había sido á tajo abierto, pues se hallaba al sol, según la expresión vulgar;

9º Que con relación al decreto del Gobierno del Perú de 18 de marzo de 1879, por el cual se encargó al Ministerio Público solicitar en lo sucesivo judicialmente ese despueble, para evitar conflictos de competencia, hay que considerar que este decreto no obró retroactivamente y, por tanto, no se refirió de ningún modo á los salitrales ya poseídos por el Fisco en cumplimiento del decreto de 1876, sino á aquellos que aún estaban en poder de particulares, desde que sólo sobre estos últimos se podía demandar amparo contra las medidas administrativas que pudiese dictar el Inspector de Salitreras, como lo dice el mencionado decreto de 1879;

10. Que, por otra parte, cualquiera que sea la legalidad de los actos administrativos de que se trata, emanados del Gobierno del Perú y que fueren cumplidos por las autoridades de esa nación, no pueden ellos ser desconocidos en sus efectos jurídicos por las autoridades del país cesionario del territorio donde esos actos produjeron sus efectos;

11. Que sobre lo anterior hay que agregar que el Gobierno de Chile por diversos actos oficiales y por decretos de 16 de junio y 6 de septiembre de 1881, y de 28 de mayo de 1882, durante la ocupación bélica de Tarapacá, declaró "no reconocer otros títulos y derechos, á este respecto, que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que las que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva", y es notorio que al citado decreto de marzo de 1882 hizo referencia el pacto de paz de 1884;

12. Que lo expuesto resulta que los demandantes no han comprobado dominio verdadero ó aparente respecto de la salitrera "Soledad" de Romualdo Soto de que se trata; apareciendo, por el contrario, que estos derechos corresponden al Fisco chileno como sucesor del Fisco peruano, á virtud del Tratado de Paz que se promulgó como ley de la República en 21 de mayo de 1884; y por tanto, resulta también que dichos demandantes han carecido de acción para pedir la demarcación que pretenden por medio de su demanda;

13. Y que las consideraciones expuestas revelan que la Corte sentenciadora de la causa al desconocer en el fallo recurrido como ilegal el régimen á que estaba sometida la propiedad salitrera de Tarapacá á la fecha en que tuvo lugar la cesión de ese territorio á la República de Chile, ha infringido los artículos 2º y 8º del Tratado de Paz con el Perú, promulgado como ley nacional en 21 de mayo de 1884, en el cual pacto se consideró el decreto del Gobierno chileno de 28 de marzo de 1882, que había reglamentado anteriormente la propiedad salitral privada de Tarapacá so-

bre la base del mismo régimen legal antes establecido.

Vistos los artículos 94 y 958 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la sentencia recurrida de 26 de mayo de 1905.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Abel Saavedra.—A. Vergara Albano.—E. Fóster Recabarren. J. Bernales.*

Y fallando la causa:

Santiago, 30 de noviembre de 1905.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada de 28 de noviembre de 1903, y teniendo presente:

1º Que la acción deducida por los demandantes contra el Fisco, es la de demarcación que reconoce el artículo 842 del Código Civil, al dueño de un predio para que se fijen los límites que lo separen de los predios colindantes;

2º Que, como lo expresa dicho artículo, esta acción corresponde al dueño de un predio; de lo que se infiere que el que la deduce tiene que acreditar que verdaderamente es propietario del que trata de deslindar, ó á lo ménos que es su poseedor, á quién por tanto debe reputarse dueño miéntras no se justifique lo contrario, conforme á la presunción que establece el artículo 700 de ese Código;

3º Que, acerca de tal posesión, consta de todos los antecedentes del proceso que la salitrera denominada "Soledad de Soto" no se encuentra poseída por los demandantes, quienes, por este motivo no pueden invocar á su favor la presunción de dominio á que se refiere el citado artículo 700; ya que por el contrario consta que los terrenos donde existió ese estacamento en época remota, pasaron á poder del Estado peruano, por abandono y falta de trabajo de sus antiguos dueños, según lo expresa especialmente el informe, suscrito de orden del Gobierno de esa nación por uno de los ingenieros de la comisión encargada de tasar los estacamentos de propiedad particular para los efectos de la ley de expropiación del salitre de 18 de mayo de 1875;

4º Que respecto al dominio del Estado peruano sobre los estacamentos abandonados y no trabajados por sus dueños con arreglo á la ley minera, el Gobierno del Perú, á fin de cumplir la citada ley de expropiación de 18 de mayo de 1875, que autorizó al ejecutivo para adquirir los terrenos y establecimientos salitreros de esa región adoptando las medidas que estimaran necesarias á éste objeto, "expidió entre otros, los decretos de 13 de julio y 16 de diciembre de 1876 y 16 de agosto de 1879, en los cuales resolvió que solo debían considerarse de propiedad particular los establecimientos ó terrenos salitrales comprendidos en los cuadros de la comisión de ingenieros que acaba de mencionarse, estimando que eran del dominio del Estado todos los demas, porque a su juicio se había extinguido el derecho de sus dueños por abandono ó despueble efectuado, ipso facto según la ley minera;

5º Que sobre este particular dice el decreto de 16 de agosto de 1874: "Y por cuanto es necesario se dé cumplimiento á lo resuelto por el Gobierno de las resoluciones de 13 de julio y 16 de diciembre de 1876 respecto á la prohibición de trabajar construcciones de oficinas de paradas en estacamentos abandonados, que son propiedad del Estado, conforme á las leyes de minería, se dispone: que la Dirección de Rentas remita al prefecto de Tarapacá una razón de todas las oficinas y todas las paradas que fueron tasadas por la comisión de ingenieros por ser las únicas que existían, y estar abandonados y no trabajados los demás estacamentos y perdido conforme á las leyes. "Sobre la misma materia, el decreto de 13 de julio de 1876, contiene la disposición general del artículo 3º según la cual, los estacamentos que no hayan sido explotados ó hayan sido abandonados por el tiempo que fijan las Ordenanzas de Minería, serán considerados, dice, con arreglo á éstas, como de propiedad nacional, y no podrán, agrega, ser objeto de nuevas demandas ni adjudicaciones por autoridad alguna con arreglo al artículo 2º de la ley de 18 de mayo de 1875;

6º Que este decreto así como el de 16 de diciembre, que sancionó, y mandó cumplir el anterior, fueron expedidos en concepto del Gobierno peruano, no sólo á virtud de la autorización que confirió al ejecutivo de la ley de expropiación de 1875, sino en mérito de

que, prescribiendo esta ley que continuaba prohibida la adjudicación de la propiedad salitral sin determinar cuál era la condición de los salitrales abandonados y no trabajados, declaró vigente el despueble administrativo que rejía desde 1868 porque, lo mismo que acontecía desde esa fecha, los particulares no tenian interés alguno en solicitar ellos este despueble que subsistía como sanción legal por la falta de trabajo;

7º Que los autos acreditan que esta era condición legal que regia la propiedad salitral en Tarapacá á la fecha que esa región fué ocupada marcialmente por el Gobierno de Chile y cuando se verificó la cesión territorial, según el tratado de Paz de 21 de mayo de 1884.

8º Que la salitrera Soledad de que se trata, se halla comprendida entre aquellas que fueron declaradas en despueble por las disposiciones trascritas, porque es un hecho indiscutible que no figuró en los cuadros de la Comisión de Ingenieros nombrados por el Gobierno del Perú para llevar adelante la citada ley de expropiación, adquiriendo la propiedad sólo de aquellas oficinas ó paradas que no habían revertido al dominio del Estado por abandono ó despueble; y no figuro, según la posesión textual del informe oficial á que se alude más atrás, porque la Soledad de Romualdo Soto era una oficinita de parada completamente abandonada desde tres ó cuatro años antes de 1875 en la cual fecha la casa no tenía techumbre, ni había herramienta de ninguna clase, y según las demostraciones existentes, el salitre que se había explotado, lo había sido á tajo abierto, pues se hallaba al *sol*, según la espresión vulgar;

9º Que con relación al decreto del Gobierno del Perú de 18 de Marzo de 1879, por el cual se encargó al Ministerio Público solicitar en lo sucesivo judicialmente ese despueble, para evitar conflictos de competencia, hay que considerar que este decreto no obró retroactivamente y, por tanto, no se refirió de ningún modo á los salitrales ya poseídos por el Fisco en cumplimiento del decreto de 1876, sino á aquellos que aun estaban en poder de particulares, desde que sólo sobre estos últimos se podía demandar amparo contra las medidas administrativas que pudiese dictar el Inspector de Salitreras, como lo dice el mencionado decreto de 1879;

10. Que, por otra parte, cualquiera que sea la legalidad de los actos administrativos de que se trata, emanados del Gobierno del Perú y que fueron cumplidos por las autoridades de esa nación, no pueden ellos ser desconocidos en sus efectos jurídicos por las autoridades del país cesionario del territorio donde esos actos produjeron sus efectos;

11. Que sobre lo anterior hay que agregar que el Gobierno de Chile por diversos actos oficiales y por decretos de 16 de junio y 6 de Setiembre de 1881, y de 28 de mayo de 1882, durante la ocupación bélica de Tarapacá, declaró no reconocer otros títulos y derechos, á este respecto, que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que las que se desprenden de esos títulos, ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva, y es notorio que al citado decreto de marzo de 1882 hizo referencia el pacto de paz de 1884;

12. Que de lo expuesto resulta que los demandantes no han comprobado dominio verdadero ó aparente respecto de la salitrera Soledad de Romualdo Soto de que se trata; apareciendo por el contrario, que estos derechos corresponden al Fisco chileno como sucesor del Fisco peruano á virtud del tratado de paz que se promulgó como ley de la República el 21 de mayo de 1884; y por tanto, resulta también que dichos demandantes han carecido de acción para pedir la demarcación que pretenden por medio de su demanda;

Vistas las disposiciones citadas, se desecha la demanda; de la cual queda absuelto el Fisco. En consecuencia, se revoca la sentencia apelada, que se menciona al principio, en cuanto da lugar á dicha demanda y se confirma en la parte que rechaza la reconvención deducida por el Fisco.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán — Galvarino Gallardo. — Abel Saavedra. — A. Vergara Albano.—E. Fóster Recabarren.— J. Bernales.*

Cas. en la forma.—21 de noviembre de 1906

Banco Comercial de Chile y Errázuriz con Solari

Cesión de derechos.—Nulidad absoluta.—Embargo.—Venta de derechos embargados.—Objeto ilícito.—Reclamación oportuna.

DOCTRINA:—*Cuando los vicios ó defectos en que se funda el recurso de casación en la forma, en caso de existir, habrían tenido lugar en la sentencia de primera instancia y de estos vicios ó defectos no se reclamó ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, es improcedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones.*

No es causal bastante de casación en la forma una omisión de referencia en la cita de una disposición legal invocada por la sentencia recurrida, ya que esta clase de defectos pueden salvarse por el tribunal sentenciador con arreglo al artículo 205 del Código de Procedimiento Civil.

El Banco Comercial de Chile siguió un juicio ejecutivo contra don Benjamín Sotomayor, y encontrándose el juicio en estado de rematarse la especie embargada, ó sea los derechos que el ejecutado tenía en la partición de los bienes de doña María Josefa Molina, se presentó don Rodolfo Errázuriz haciéndose parte en el juicio en virtud de la escritura pública de 5 de agosto de 1903, en la cual el representante del Banco cedió al señor Errázuriz, por igual valor recibido en dinero y sin responsabilidad para el Banco, el crédito que éste tenía contra don Benjamín Sotomayor.

En el curso del juicio don Rodolfo Errázuriz solicitó que, no habiéndose verificado por falta de postores el remate á que por tercera vez se había sacado el derecho hereditario embargado, pedía que ese derecho se le adjudicase en pago por la cantidad de $ 2,000, y se le extendiese escritura pública de adjudicación. El Juzgado accedió á lo solicitado por el señor Errázuriz, y con fecha 5 de septiembre de 1901 se extendió la escritura de adjudicación indicada.

Entre tanto, don Octavio Solari se presentó al juez árbitro que efectúa la partición de los bienes dejados por doña María Josefa Molina, diciendo que don Rodolfo Errázuriz había pedido se le tuviese por parte en ese juicio de partición como exclusivo dueño de los derechos de don Benjamín Sotomayor; que él se oponía á esa pretensión de Errázuriz, pues solamente á él le pertenecían esos derechos, desde que el señor Sotomayor se los cedió por escritura pública y con la copia de ésta á él se le ha tenido por parte en los autos de la partición; que hay muchas observaciones que hacer á la adjudicación hecha á don Rodolfo Errázuriz, pero por ahora no las hará; que basta tener presente para desechar lo que Errázuriz pretende, que Solari compró primeramente los derechos hereditarios de don Benjamín Sotomayor y se le hizo entrega de ellos; que si álguien vende separadamente una misma cosa á dos personas, el comprador que haya entrado en posesión será el preferido al otro, y si se ha hecho entrega á los dos será preferido aquel á quien la entrega se haya hecho primero, y si no se ha entregado á ninguno, el título más antiguo prevalecerá; y que por esos motivos pedía se desechase lo que Errázuriz solicita.

Habiéndose comunicado traslado á don Rodolfo Errázuriz de la solicitud de don Octavio Solari, el señor Errázuriz evacuándolo solicitó que no se diese lugar á la oposición de Solari y que á él se le declarara por parte en la sucesión Molina como único dueño de los derechos que ahí tenía don Benjamín Sotomayor, y fundando su argumentación dijo: que el 29 de abril de 1897 se había trabado embargo en los derechos de Sotomayor; que á éste se le notificó de remate el 8 de marzo del mismo año; que el 21 de febrero de 1900 Sotomayor otorgó dolosamente la escritura de cesión que sirve de único título á las pretensiones que á última hora hace valer Solari; que esa venta hecha á Solari fué nula, por ha-

ber en ella objeto ilícito á causa de haberse vendido una cosa embargada; y que el título de Errázuriz no estaba invalidado por motivo alguno.

Por auto de 12 de enero de 1904, el señor juez árbitro al cual se presentaron los anteriores escritos, declaró que él era incompetente para resolver si la cuota que don Benjamín Sotomayor tenía en los bienes de doña María Josefa Petronila de Alcántara Molina pertenecía al adjudicatario de ella don Rodolfo Errázuriz ó al cesionario don Octavio Solari y en consecuencia, remitió los antecedentes al Juzgado de Letras de Santiago que había ordenado la adjudicación.

Con este motivo don Rodolfo Errázuriz presentó ante dicho Juzgado un escrito que se ordenó tener como demanda y en él, fundándose en los mismos razonamientos hechos ante el señor juez árbitro, pidió se declarase sin lugar la oposición deducida por don Octavio Solari para que á Errázuriz se le tuviese por parte en el ya recordado juicio de partición.

En el escrito que se ordenó tener como contestación á la demanda, don Octavio Solari solicitó que la demanda fuese rechazada, con costas, declarándose que los derechos de él eran preferentes á los de Errázuriz, y al efecto se refirió á los antecedentes.

Con lo que expusieron las partes en los escritos de réplica y dúplica se recibió la causa á prueba y ambas partes rindieron la que aparece de autos.

Por decreto de 11 de noviembre de 1904 el juzgado reservó para definitiva la resolución de un incidente suscitado por el demandante señor Errázuriz solicitando que se cancele la inscripción de la escritura de cesión hecha por don Benjamín Sotomayor á favor de don Octavio Solari.

Con fecha 4 de diciembre de 1905 el Juzgado resolvió:

Considerando:

1° Que aunque la petición concreta hecha por don Rodolfo Errázuriz en el escrito que se ha ordenado tener como demanda, fué que se declarase sin lugar la oposición deducida por don Octavio Solari para que á Errázuriz se le tuviese por parte en el juicio de partición de los bienes dejados por doña María Josefa Molina, y aunque la petición concreta de Solari y deducida en el escrito de contestación á esa demanda fué que la demanda se rechazase y que se declarase que los derechos de él eran preferentes á los de Errázuriz, en realidad lo que se ha discutido es si es válida ó nula la cesión hecha por don Benjamín Sotomayor á favor de don Octavio Solari el 21 de febrero de 1900, pues si esa cesión ó venta es válida no hay duda en que debe aceptarse lo que Solari ha pedido en el juicio, y si es nula debe declararse que don Rodolfo Errázuriz tiene derecho para figurar en la partición de los bienes de la señora Molina como único dueño de los derechos que en esa partición tenía don Benjamín Sotomayor;

2° Que el número 3° del artículo 1464 del Código Civil dice que hai objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, á menos que el juez lo autorice ó el acreedor consienta en ello;

3° Que según aparece el 29 de abril de 1897 se embargaron los derechos de don Benjamín Sotomayor tenía en la partición de los bienes dejados por doña María Josefa Molina;

4° Que ese embargo estuvo vigente por lo menos hasta el 5 de septiembre de 1903 fecha en que, por no haber concurrido postores al remate de los derechos embargados, estos se adjudicaron á don Rodolfo Errázuriz;

5° Que, según se ve, el 21 de febrero de 1900 don Benjamín Sotomayor enajenó á favor de don Octavio Solari los mismos derechos embargados produciéndose así la nulidad absoluta indicada en el artículo 1682 del Código Civil, el cual establece que es nulidad absoluta la producida por un objeto ilícito y desde que la enajenación se hizo en el tiempo en que el embargo estaba vigente, y esa nulidad según el artículo 1683, puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, lo cual se verifica en el caso actual con don Rodolfo Errázuriz;

6° Que nada importa que don Octavio Solari, en febrero de 1900 no tuviese conocimiento del y arecordado embargo, desde que el objeto ilícito se produce en todo caso cuando se enajena, sin autorización del juez ó del acreedor, una cosa embargada por decreto judicial;

7º Que tampoco tiene importancia la circunstancia de que en el juicio de la partición de la sucesión Molina don Rodolfo Errázuriz no objetase el derecho con el cual don Octavio Solari figuraba en esa partición, pues antes del otorgamiento de la escritura de 5 de agosto de 1903, Errázuriz carecía de interés en este asunto y por consiguiente no tenía por qué hacer objeciones al derecho de Solari, y además hay que tener presente que la nulidad absoluta no se sanea por la ratificación de las partes, según el artículo 1611;

8º Que la inscripción de la escritura en la cual don Benjamín Sotomayor enajenó á favor de don Octavio Solari los ya recordados derechos, inscripción hecha en septiembre de 1904, es decir, cuando este juicio ya estaba tramitándose, no ha conferido más derechos á don Octavio Solari que los que hubiera tetenido sin esa inscripción, pues la inscripción no da valor á un contrato absolutamente nulo;

9º Que en este caso no tiene aplicación la disposición del artículo 1817 del Código Civil citado en su apoyo por Solari desde que esa disposición se refiere al que válidamente vende una misma cosa á dos personas, y ya ha quedado establecido que la venta hecha á Solari no fué válida sino nula; y

10. Que la cuestión cuya resolución se dejó para definitiva por la providencia, debe resolverse ordenando cancelar la inscripción de que en esa cuestión se trata, y ello por ser nula la escritura á que la inscripción se refiere;

En virtud de estas consideraciones y artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, se declara que por ser nula la enajenación hecha por don Benjamín Sotomayor á favor de don Octavio Solari el 21 de febrero de 1900 según escritura otorgada ante el notario don Isaac Ortiz, don Rodolfo Errázuriz es el único que tiene derecho para figurar en la partición de los bienes dejados por doña María Josefa Molina Petronila de Alcántara Molina como dueño exclusivo de los derechos que don Benjamín Sotomayor tuvo en esa partición.

Se condena en las costas de todo el juicio á don Octavio Solari.—*J. Bianchi T.*

Apelada esta resolución la Corte de Apelaciones resolvió:

Santiago, 3 de agosto de 1906.—Vistos: Teniendo además presente que tanto el embargo de los derechos adquiridos por don Rodolfo Errázuriz, como la cesión que de ellos hizo don Benjamín Sotomayor á don Octavio Solari se verificaron con anterioridad á la vigencia del Código Civil, se confirma con costas del recurso, la sentencia apelada de 4 de diciembre de 1905.—*Luis Barriga.—J. Agustín Rojas.—R. Reyes Solar.*

Contra esta sentencia don Octavio Solari interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo y formalizando el primero, sostiene que aquella adolece de los siguientes vicios:

1º La falta de enunciación prevenidas en los números 2º y 5º del artículo 193 del Código de Procedimiento Civil;

2º No contener la decisión del asunto controvertido, porque la sentencia de primera instancia no resolvió la incidencia suscitada que dejó para el fallo definitivo, ni la promovida á fs. 137 contraviniéndose con ello á lo mandado en los números 5º y 9º del artículo 941 del Código;

3º Contener decisiones contradictorias, porque se condena al recurrente en las costas de todo el juicio, apesar de que obtuvo favorable resolución en algunas incidencias y quedan otras sin resolución, violándose lo prescripto en el número 7º del referido artículo 941;

4º La falta de citación para sentencia, pues con la cuestión promovida á fs. 131 y el decreto de autos quedaron suspendidos los efectos de la citación, que no se mandó regir con posterioridad, causal de casación prevista en el número 9.º del mismo artículo 941;

5º El fundamento referente al Código Civil en que se apoya en general la sentencia recurrida pugna con lo dispuesto en los números 5º y 9º del dicho artículo 941 y 193 del Código citado.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que las cuatro primeras causales de ca-

sación que se dejan indicadas se refieren á vicios que, de ser efectivos, se habrían cometido en la sentencia de primera instancia y no aparece que el recurrente haya reclamado de ellos,como lo exige el artículo 946 del Código de Procedimiento Civil para que sea admisible el recurso de casación en la forma; y

2º Que la última causal alegada consiste en una omisión de referencia á la cita de la disposición legal que invoca la sentencia, y esta clase de defectos puede salvarse por el tribunal sentenciador con arreglo al artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, y no da, por lo mismo, fundamento para un recurso de casación. Visto además lo prevenido en los artículos 160 y 979 del dicho Código, se declara sin lugar con costas, el presente recurso de casación en la forma. Aplícase á beneficio fiscal la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Aguirre Várgas - *Leopoldo Urrutia.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.—L. Romilio Mora.*

Cas. en la forma.—8 de marzo de 1907

Hidalgo con Solís

Mandato.—Revocación—Reclamación oportuna

DOCTRINA:—*Cuando el vicio ó defecto en que se funda el recurso de casación en la forma, en caso de existir, habría tenido lugar en la sentencia de primera instancia y de este vicio ó defecto no se reclamó ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, es improcedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones.*

Don José Miguel Hidalgo, marido de doña Mercedes Solís, se presentó al Juzgado de Letras de Valparaíso, pidiendo que para los efectos legales se notificara á su referida mujer la revocación del mandato que por escritura pública le había conferido en 23 de mayo de 1905 para que administrara los bienes de la sociedad conyugal. A esta solicitud proveyó el Juzgado con fecha 20 de abril de 1906: "Como se pide", y negando la reconsideración solicitada por doña Mercedes Solís concedió la apelación por ella interpuesta.

La Corte de Valparaíso en 16 de agosto de 1906, falló:

Vistos: se confirma, con costas del recurso, la sentencia apelada de 20 de abril último.—*Luis Ignacio Silva.—Braulio Moreno.—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.*

Contra esta sentencia ha entablado recurso de casación en la forma doña Mercedes Solís, fundándola en que se ha faltado á los trámites esenciales del juicio por no haberse dado á la causa la tramitación correspondiente y haberse omitido el trámite de la prueba, causal de casación establecida en el número 9º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Considerando que en la hipótesis de ser susceptible de recurso de casación la resolución que manda poner en conocimiento del mandatario la revocación del poder, los vicios en que el recurso se funda habrían afectado la resolución de primera instancia, contra la cual no se interpuso recurso de casación:

Visto lo dispuesto en los artículos 946, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el presente recurso de casación en la forma.

Se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Presidente Varas.—*Cárlos Varas.— J. Gabriel Palma Guzmán.— V. Aguirre V.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—15 de marzo de 1906

Doggenweiler con Cía. Nacional de Teléfonos

Compra-venta.—Resolución — Pago.— Ultra petita.—Decisiones contradictorias.

DOCTRINA:—*No falla "ultra petita" la sentencia que revocando la de primera instancia que daba lugar á la demanda de resolución de un contrato de compra venta por falta de pago, niega lugar á ella y dispone al mismo tiempo que se gire libramiento á favor del demandante por la cantidad consignada á su orden por el demandado en pago del precio, siendo que la entrega de esa cantidad fué un punto sometido á la resolución judicial en el curso de la causa.*

No contiene decisiones contradictorias la sentencia que rechaza la demanda de resolución de un contrato de compraventa por falta de pago por considerar que este pago se ha efectuado, y ordena al mismo tiempo al demandado el pago de intereses de la cantidad adeudada á contar desde la fecha en que esta cantidad fué consignada á la orden del demandante.

Don CárlosDoggenweiler entabló un juicio contra la Compañía Nacional de Teléfonos sobre resolución de la venta de un predio ubicado en el cerro de Bella Vista de Valparaíso. La sentencia de primera instancia dió lugar á la demanda por no haberse pagado una parte del precio estipulado. La Corte de Apelaciones de Santiago revocó dicha sentencia declarando sin lugar la demanda y disponiendo, al mismo tiempo, se girase libramiento á la orden del demandante Doggenweiler por el valor de la consignación hecha en favor de éste por el síndico de la quiebra de la sociedad demandada.

El demandante dedujo recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia y formalizándolo dice: que ella debe invalidarse por haber sido dada *ultra petita*, causal señalada en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil y por contener decisiones contradictorias, causal contemplada en el número 7 del mismo artículo. El vicio de *ultra petita* existe por no haberse limitado la sentencia á rechazar la demanda, sino que agregó que se girase libramiento en favor del demandante, asunto que no había sido sometido oportunamente á la discusión ni á la resolución del Tribunal. Contiene la sentencia decisiones contradictorias, porque su considerando 6.º establece que en el juicio actual no solamente se ha ofrecido á Doggenweiler el pago de lo que se adeudaba como parte insoluta del precio, sino que se consignó á la orden del juzgado una cantidad suficiente para cubrir todo lo que se adeudaba al vendedor, habiendo sido rechazada por éste la oferta que se le hizo. En los mismos términos de este considerando, prosigue el recurrente, se advierten á primera vista contradiciones manifiestas: la expresión el pago de lo que se le *adeuda* es diametralmente opuesta á la del pago de lo que se le *adeudaba*.

Además de esta contradicción se nota, á juicio del recurrente, otra mucho más grave en la parte misma dispositiva del fallo y de la cual ha emanado la contradicción de términos antes enunciada. En efecto, la sentencia niega lugar á la resolución del contrato: 1º porque en concepto del Tribunal un comprador, siempre que no medie pacto co-

misorio, puede efectuar el pago del precio insoluto y enervar la acción resolutoria antes de que se dicte sentencia; y 2º porque la Compañía Nacional de Teléfonos ha pagado por consignación las sumas adeudadas. La sentencia sin embargo, ordena que esta Compañía pague la suma que queda debiendo por intereses de la cantidad adeudada por cuotas insolutas del precio. De esta manera la sentencia, mientras acepta como válido, eficaz y suficiente un pago, ordena, por otro lado que se complete ese mismo pago por no ser suficiente.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que en el escrito con que el síndico de la quiebra de la Sociedad Nacional de Teléfonos acompañó la boleta de depósito por la cantidad adeudada hasta entonces, según la liquidación judicial, se pidió que el secretario tomase una letra á la vista sobre Valparaíso á la orden de don Carlos Doggenweiler para remitirla con oficio á la residencia del mismo Doggenweiler á fin de ofrecerle el pago de la deuda;

2º Que, en consecuencia, la entrega de la cantidad consignada fué un punto sometido á la resolución judicial en el curso de la causa, y no existe, por lo mismo, el vicio de ultrapetita indicado por el recurrente; y

3º Que la diferencia de formas verbales en las expresiones del pago de lo que se *adeuda* y el pago de que se *adeudaba* no constituye una contradicción en el concepto contenido en el considerando sexto de la sentencia recurrida, sino que dichas expresiones se refieren á distintas épocas; razón por la cual tampoco hay contradicción cuando en la sentencia se manda completar el pago del precio, toda vez que cuando se hizo la liquidación, se comprendió solamente en ella lo que en esa fecha se adeudaba.

Visto lo prevenido en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil se declara sin lugar con costas el presente recurso de casación en la forma. Se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Aguirre Várgas.—*Leopoldo Urrutia.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Carlos Varas.*

Cas. en la forma.—25 de abril de 1905 y 18 de junio de 1906

Mayol con Iñiguez de Silva

Cláusula testamentaria.- Interpretación.—Falta de decisión del asunto controvertido:—Casación en la forma.—"Ultra petita".

DOCTRINA:—*La sentencia definitiva de segunda instancia que modifica ó revoca la de otro tribunal debe contener la decisión del asunto controvertido y esta decisión debe comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio.*

Reducida la litis á determinar si una cláusula testamentaria es un censo ó un mayorazgo y habiendo estimado la sentencia de primera instancia que es un vínculo, la sentencia de segunda instancia que revoca la de primera y se limita á negar lugar á la demanda, reservando á la demandante sus derechos, es nula porque no se pronuncia sobre la acción deducida, pues no resuelve cual es la significación legal de la cláusula testamentaria.

La sentencia de segunda instancia que desecha la demanda en virtud de una

excepción que no ha sido opuesta por el demandado ni en primera, ni en segunda instancia incurre en el vicio de "ultra petita", pues estiende su fallo á puntos no sometidos á su consideración por las partes.

Aceptada una causal de casación es inoficioso pronunciarse sobre las demás.

Si el demandante expresa en su demanda y en su alegato que la cuestión consiste en determinar si una cláusula testamentaria es un censo como él sostiene ó un mayorazgo como lo afirma la parte contraria y la sentencia de primera instancia da lugar á la demanda por estimar que dicha cláusula importa la constitución de un vínculo, la sentencia de segunda instancia que confirma sin modificación la de primera, se pronuncia precisamente sobre la cuestión fundamental propuesta por la parte relativa al alcance jurídico de dicha cláusula, contiene por consiguiente la decisión del asunto controvertido y no se ha extendido á puntos no sometidos á su resolución.

Don Amador Mayol, por su mujer doña Mercedes Lorie de Mayol, demandando á doña Rosa Iñiguez v. de Silva expone: que don Mariano Iñiguez estableció en su testamento, otorgado el año 1843, un vínculo en su fundo Chilicanquén, cuyo goce lo tiene doña Rosa Iñiguez v. de Silva; que esta señora promovió juicio de ex-vinculación en Santiago en el cual se declaró que correspondía á la conyuge de Mayol suceder en el vínculo á la señora Iñiguez, quedando él reducido á un censo de $ 46.600 al 4% anual, según resolución de 23 de enero de 1894 dictada por el segundo juzgado de letras de esta ciudad; que habiendo quedado sin efecto la anterior resolución, y pendiente el referido juicio de ex-vinculación, la señora Iñiguez de Silva ha practicado una ex-vinculación clandestina de Chilicanquén confiriendo poder en 1895 á don Arsenio Larraín y extendiendo éste una escritura de censo sobre dicho fundo en que se le da como libre mediante un censo que allí establece por $ 26.000, que supone es el valor del fundo, porque así se le tasó en la partición de los bienes de don Mariano Iñiguez, que hizo don Domingo Santa María en 1855; que la señora Iñiguez v. de Silva, al pretender ex-vincular extrajudicialmente y sin someterse á las leyes de 1852 y 1857, el fundo Chilicanquen, ha ejecutado un acto nulo de nulidad absoluta, por lo que solicita que así se declare, cancelándose, en consecuencia, la inscripción hecha en el Registro Conservatorio de Quillota el 20 de julio de 1895, según aparece compulsada en autos.

Contestando la señora Iñiguez v. de Silva pidió se le absolviera de la demanda y expuso que la disposición testamentaria de don Mariano Iñiguez, estimada por el demandante como constitución de un mayorazgo, lo es de un censo, quedando así reducida la demanda á determinar si dicha cláusula es un censo como sostiene la señora Iñiguez, ó un mayorazgo, según afirma el demandante.

La sentencia de primera instancia de fecha 31 de diciembre de 1903, dió lugar á la demanda, considerando que atendida la letra de la cláusula 6ª del testamento de don Mariano Iñiguez y la voluntad del testador claramente manifestada en dicha cláusula, se constituyó un vínculo en el fundo Chilicanquén; y que la escritura de imposición del censo extendida en 9 de julio de 1895 por don Arsenio Larraín, como apoderado de doña Rosa Iñiguez, importa una verdadera ex-vinculación del fundo, para lo cual no se han cumplido las solemnidades prescritas en las leyes de 1852 y 1857, siendo en consecuencia, nula la ex-vinculación que en forma de constitución de censo aparece hecha en la mencionada escritura.

De esta sentencia apeló doña Rosa Iñiguez quien, espresando agravios, pidió se le revocase y se declarase sin lugar la demanda.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, en sentencia de 25 de octubre de 1904, revocó la de primera instancia y estableciendo en su considerando 4º que la acción deducida en la demanda no tiene relación jurídica con la naturaleza y carácter legal del acto á que se refiere el documento que le sirve de fundamento, declaró que no había lugar á ella, sin perjuicio de los derechos que ésta pueda hacer valer.

Contra esta sentencia la parte demandante interpuso los recursos de casación en la forma y en el fondo.

Formalizando el primero, lo fundó en las siguientes causales:

1º Haber sido dictada la sentencia recurrida "ultra-petita", causal de casación establecida en el número 4 del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto acepta una excepción de improcedencia de la demanda, no alegada por el demandado en primera ni en segunda instancia; no en primera porque habría sido materia de artículo previo sobre ineptitud del libelo y no hubo tal artículo, y no en segunda porque se limitó solo á apelar del fallo del señor juez *a quo*, siendo que su recurso debiera haber sido, en semejante caso, de casación, por haberse tramitado y fallado una demanda puramente abstracta, sobre la cual no cabe petición, lo que el juez, sin embargo, suponía, haciéndola materia de su fallo;

2º Haber modificado la Corte de Valparaíso la exposición hecha en la sentencia de primera instancia, á efecto de suponer que la única cuestión discutida por resolver era determinar si el acto objetado á la demandada era ó no nulo como ex-vinculación. Agrega que las cuestiones planteadas y debatidas por las partes para ser sometidas al fallo judicial habían sido las siguientes: *a*) Si lo fundado en Chilicanquén por la cláusula testamentaria de don Mariano Iñiguez era vínculo como afirmó el demandante ó simple censo como sostuvo la parte demandada, pues era su causa fundamental de pedir la existencia de tal vínculo en Chilicanquén, de modo que no cabía acensuarlo sin ex-vinculación; *b*) Si el acto reclamado era nulo ó válido aun como censo, porque lo objtado fué el acto, en sí, aludido en la demanda; y no puramente su nombre que no se concibe sea objeto de un debate judicial. El demandante expresa que daba á ese acto el nombre de ex-vinculación, disfrazada con el calificativo de censo, por creer que ese le correspondía dada la naturaleza del vínculo existente en Chilicanquén. El juez *a quo* no falló la cuestión de si la escritura referida era nula considerada como constitución de un censo, por cuanto anuló el acto estimándolo ex-vinculación disimulada, y no un simple censo y la Corte de Valparaíso, al pensar de una manera distinta y creer lo contrario hizo revivir la otra cuestión, dejándola sin embargo, sin fallo, por lo cual procede la casación en la forma, con arreglo al número 5º del artículo 941, números 2º y 6º del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil; y

3º La sentencia rechaza absolutamente la demanda por improcedente, en razón de abarcar demasiado al pedirse en ella la nulidad de toda la ex-vinculación, parte de la cual es el censo, única cosa que dice ser el acto objetado; y á la vez declara improcedente la misma demanda porque no se redujo á pedir la nulidad del censo solo, parte de la ex-vinculación, por lo que la resolución de la Corte contiene decisiones contradictorias, causal 1ª de casación en la forma establecida en el artículo 941 del citado Código.

La Corte:

Considerando:

1º Que la demanda tuvo por objeto solicitar se declarara nula la ex-vinculación del fundo Chilicanquén, hecha, en concepto del demandante, por la señora Iñiguez v. de Silva mediante el otorgamiento de la escritura, habiendo sostenido aquél en primera instancia que la cláusula 6ª del testamento de don Mariano Iñiguez y Landa estableció un vínculo perpetuo sobre el referido fundo; y, por su parte, la demandada, expuso que dicha cláusula importaba la constitución de un censo, quedando reducido el litigio, por lo tanto á determinar si la disposición testamentaria del señor Iñiguez y Landa era un censo ó un mayorazgo;

2º Que la sentencia de primera instancia dictada en el presente juicio, dió lugar á la demanda, estableciendo según los considerandos 1º, 8º y 9º que se había constituido validamente un vínculo en Chilicanquén; que la escritura de 9 de julio de 1895, importó una verdadera ex-vinculación del fundo hecha en forma de constitución de censo, sin las solemnidades legales, por don Arsenio Larraín, apoderado de la demandada;

3º Que la resolución, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que revocó la sentencia, no dando lugar á la demanda, y reservando á la demandante sus derechos, no se pronunció sobre la acción deducida, pues no resolvió cual era la significación legal de la cláusula 6ª del testamento de don Mariano Iñiguez Landa, respecto de cuya inteligencia no estaban de acuerdo las partes; y esta resolución era absolutamente indispensable para el fallo de la causa;

4º Que toda sentencia definitiva de segunda instancia que modifique ó revoque la de otro tribunal debe contener la decisión del asunto controvertido, y ésta deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hubiesen hecho valer en el juicio;

5º Que la sentencia recurrida al expresar en el considerando 4º que es improcedente la demanda por no tener la acción deducida relación jurídica con la naturaleza y carácter legal del acto á que se refiere el documento, ha aceptado una excepción que no fué opuesta por el demandado ni en primera, ni en segunda instancia, extendiendo, así, la Corte de Valparaíso su fallo á puntos no sometidos á su decisión por las partes é incurriendo en el vicio de *ultra-petita*; y

6º Que atendido lo expuesto en los considerandos anteriores es inoficioso pronunciarse sobre la tercera causal de casación:

Visto lo dispuesto en los artículos 941, números 4º y 5º, y 193, número 6º, 959, 978 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de casación en la forma interpuesta por don Amador Mayol á nombre de su mujer doña Mercedes Lorie de M., en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de fecha de 25 de octubre de 1904.

En consecuencia, se invalida dicha sentencia, y se repone la causa en el estado de fallarse conforme á derecho por el tribunal competente.

Devuélvase al recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gallardo. — *Galvarino Gallardo.* — *Gabriel Gaete.* — *Leoncio Rodríguez* —*Cárlos Varas.*

Devuelto los autos á segunda instancia, la Corte de Apelaciones de Valparaíso dictó nueva sentencia, en 22 de noviembre de 1905, y por ella confirmó esta vez sin modificación la de primera instancia de fecha 31 de diciembre de 1903, dando lugar á la demanda.

La demandada doña Rosa Iñiguez v. de Silva, interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo contra esta sentencia.

Al formalizar el primero de estos recursos, expone:

Que según la resolución de la Excma. Corte Suprema, se anuló el anterior fallo de la Corte de Valparaíso, porque no hubo en él pronunciamiento sobre la acción deducida, pues no resolvía cual era la significación legal de la cláusula 6ª del testamento de don Mariano Iñiguez y Landa;

Que en la sentencia de segunda instancia, objeto de este recurso, tampoco ha habido una resolución sobre este punto, siendo que, de acuerdo con lo establecido por la Corte Suprema, en el citado fallo debió pronunciarse sobre aquella acción que este Tribunal consideró debatida durante el curso de la causa.

Que la confirmación lisa y llana de la sentencia de primera instancia no comprende el fallo de la cuestión propuesta, porque él no existe en la dicha sentencia, y no puede tenerse por resolución las consideraciones ó motivos que le dieron razón ó fundamento, por lo que no hai decisión del asunto controvertido, causal de casación en la forma establecida en los artículos 941 número 5º y 193 número 6º del Código de Procedimiento Civil; y

Que si se tiene por resuelta en el fallo recurrido una acción referente al valor legal de la acordada cláusula testamentaria, la Corte de Valparaíso habría extendido su sentencia

á un punto no sometido á la decisión del Tribunal, pues en ninguna parte de los autos se halla una petición para que la justicia resuelva cual es la significación legal de la cláusula 6ª del testamento del señor Iñiguez, de modo que, incluida una resolución sobre esta materia en la sentencia recurrida, hay un fallo ultra-petita, vicio que da lugar á la casación conforme al número 1º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Considerando:

1º Que al contestar la demanda interpuesta sobre nulidad de la ex-vinculación del fundo Chilicanquén declaró la demandada doña Rosa Iñiguez v. de Silva que la cláusula testamentaria de don Mariano Iñiguez y Landa, estimada por el demandante como constitución de un mayorazgo, lo es de un censo; agregando que "la demanda consistía en determinar si la disposición testamentaria del señor Iñiguez y Landa es un censo, como lo sostiene mi parte ó un mayorazgo, según se afirma de contrario";

2º Que en el escrito de respuesta al alegato de buena prueba corrobora la demandante la inteligencia dada al presente litigio, expresando: "A medida que más se medita sobre la cláusula del testamento de don Mariano Iñiguez y Landa, á medida que avanza en la lectura de este expediente mas y más, se va arraigando en el espíritu la convicción de que fué un censo y no un vínculo ó capellanía de especie lo que deseó constituir..."

3º Que la sentencia de primera instancia, de 31 de diciembre de 1903, confirmada por la de segunda, dió lugar á la demanda, considerando que la referida cláusula 6ª del testamento de don Mariano Iñiguez y L., importa la constitución de un vínculo en el fundo Chilicanquén; y que es nula la ex-vinculación hecha en la escritura de 9 de julio de 1895 por estimar que no fué efectuada con arreglo á las solemnidades prescritas en las leyes de 1852 y 1857; y

4º Que, en consecuencia el fallo recurrido, dictado por la Corte de Valparaíso, al confirmar sin modificación el de primera instancia que se pronunció precisamente sobre la cuestión fundamental propuesta por las partes, relativa al alcance jurídico de la fundación ordenada por don Mariano Iñiguez y Landa, contiene la decisión del asunto controvertido y no se ha extendido á puntos no sometidos á la resolución del Tribunal.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 966, 979 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en la forma entablado por doña Rosa Iñiguez v. de Silva, contra la referida sentencia de la Corte de Valparaíso, y se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gallardo. — *Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Carlos Varas.*

Cas. en la forma.—27 de septiembre de 1906

Astrosa con Collao

Pagaré. — Endoso. — Cosa juzgada. — Litis pendencia.—Excepción dilatoria.—Decisión del asunto controvertido.—Decisiones contradictorias.

DOCTRINA:—*Aun cuando la excepción dilatoria de litis pendencia puede resolverse antes de la contestación de la demanda y promoverse por vía de incidente en el curso del juicio, si las partes han aceptado discutirla en el juicio con las demás excepciones opuestas y respecto de todas ellas ha recaído la resolución del tribunal, la circunstancia de haber sido resuelta esa excepción en la sentencia*

definitiva no es motivo para anular el fallo ya que no es causa legal de casación en la forma.

No contiene decisiones contradictorias la sentencia que rechaza la demanda y acepta la excepción de litis pendencia, cuando el rechazo de la demanda es la consecuencia de la aceptación de la excepción.

Los considerandos sólo son los fundamentos de la resolución y no importando decisión alguna, no puede fundarse en ellos la existencia de decisiones contradictorias.

Don Erasmo Astrosa interpuso demanda en contra de don Miguel Ignacio Collao para que, en su carácter de socio de la extinguida sociedad de Aninat Collao y Hnos., le pague la cantidad de 6.000 y tantos pesos, valor del pagaré firmado por Santiago Duguet que esa sociedad le transfirió en 1881 por la vía del endoso regular.

Expone en su demanda que ha gestionado para obtener de Duguet el pago desde la época de la transferencia hasta la fecha en que don Jorge Aninat, alegando dominio, á virtud de decirse también cesionario del mismo crédito, se apersonó al concurso formado á los bienes del deudor para que se le entregara lo que le correspondía á dicho crédito.

Don Miguel Ignacio Collao, contestando la demanda, expresa que no puede reconocer ni aceptar la autenticidad del pagaré, por cuanto no se presenta en original sino en compulsa; que de esta misma compulsa aparece que el endoso es por valor en cuenta y en esta forma no da dominio sino que es una comisión de cobranza; que ya en el concurso de Duguet se resolvió que Astrosa era un simple comisionado para cobrar el documento, por lo cual alega la cosa juzgada; que en la actualidad no existe la comisión de cobrar porque le fué revocada; y que opone también la excepción de litis pendencia fundada en que Astrosa se ha presentado al juicio del concurso indicado, cobrando el mismo documento; y la de prescripción, atendido el tiempo trascurrido desde su endoso.

La sentencia de primera instancia, de 3 de septiembre de 1904, declaró "que no ha lugar la demanda ni á la excepción de prescripción, y que han lugar las excepciones de cosa juzgada y en defecto de lo demás, de litis pendencia".

Los fundamentos de esta resolución expresan: que no se ha presentado el documento original en que funda el demandante su acción, sino que se ha referido á la copia que corre en el cuaderno agregado; que de esa copia aparece que el pagaré á la orden de los señores Aninat y Collao Hnos. por la suma $ 6.017,61 recibidos en dinero efectivo, tiene á continuación de la firma la anotación de "páguese á don Erasmo Astrosa, valor en cuenta"; que según los artículos 1908 del Código Civil 655, 658 y 660 del Código de Comercio el endoso debe escribirse al dorso de los documentos y debe expresar, entre otros requisitos, si el valor se recibe en dinero efectivo, mercaderías ó en cuenta y no trasfiere la propiedad sino que importa una simple comisión de cobranza; que en consecuencia el referido acto de la Sociedad Aninat Collao Hnos. sólo ha importado una comisión al demandante para cobrar aquel pagaré, y esta comisión como todo mandato, es revocable y fué revocado y notificada la revocación; que lo expuesto está corroborado con las cartas, con el certificado y con la diligencia; que las copias del cuaderno agregado y posiciones dan mérito para estimar que hay cosa juzgada, porque si bien es cierto que en este caso se ejercita un derecho en contra de uno de los socios de la extinguida sociedad Aninat Collao Hnos., por razón del endoso del recordado pagaré, no es menos cierto que con las actuaciones judiciales de que dan cuenta las mencionadas copias, consta que son las mismas personas, se trata de la mismas cosas y se alega la misma causa de pedir, circunstancias que constituyen cosa juzgada por el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil; que de los mismos documentos ya citados

aparece que no ha transcurrido tiempo bastante para que sea aceptable la excepción de prescripción; y que en la hipótesis aceptada por el demandado, esto es, si estuviere pendiente la gestión judicial que hizo el demandante en el concurso Duguet, obstaría la excepción de litis pendencia.

Una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de la apelación interpuesta por don Erasmo Astrosa, expidió la sentencia de 22 de agosto de 1905, por la cual confirmó la resolución de primera instancia y dió lugar únicamente á la excepción de litis pendencia de las opuestas por el demandado.

Esta sentencia eliminó de la resolución de primera instancia los considerandos que establecían que el endoso del pagaré presentadó al juicio importaba una comisióm de cobranza y los referentes á las excepciones de cosa juzgada y de litis pendencia; y tuvo presente lo siguiente:

Que si bien es cierto que el endoso de un pagaré á la orden que contenga la expresión de valor en cuenta trasmite la propiedad de él al endosatario, aparece de autos que el documento original materia de este juicio está agregado al concurso que se formó á los bienes del deudor don Santiago Duguet, en el cual fué presentado por el demandante para su cobro, y de la propia exposición de éste aparece que el Juez de Letras de Yungay, donde se tramitaba el concurso desde mucho antes de la iniciación de este juicio, dictó una resolución declarando que el endoso hecho por Aninat Collao Hnos. importaba una mera comisión de cobranza, resolución que fué apelada y que está todavía pendiente en segunda instancia.

Que pretendiendo en este juicio el endosatario que se le pague el valor del referido documento por uno de los socios de la sociedad endosante, obsta á la demanda la excepción de litis pendencia, fundada en que en el concurso ha exigido con anterioridad el mismo pago al deudor principal, sin que aún haya resolución al respecto.

Que no es aceptable la excepción de cosa juzgada, por ser contradictorio con la anterior y por no concurrir todas las circunstancias exigidas por la ley para que pueda ser tomada en cuenta; y

Que aunque el Juez *a quo* no se ha pronunciado categóricamente sobre la excepción de litis pendencia puede el Tribunal resolverla por ser incompatible con la de cosa juzgada que se aceptó en primera instancia.

Don Erasmo Astrosa anunció en contra de la indicada sentencia de segunda instancia los recursos de casación en la forma y en el fondo.

Formalizando el primero, lo funda en las siguientes causales:

1º Haber sido pronunciado el fallo con omisión del requisito mencionado en el número 6º del artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe que las sentencias definitivas deben contener la decisión del asunto controvertido; y es casable en la forma á virtud de lo dispuesto en el número 5º del artículo 941 del mismo Código.

La sententencia recurrida expresa en su considerando 3º que obsta á la demanda la excepción de litis pendencia por haberse exigido anteriormente el pago al deudor principal; pero no hay litis pendencia, porque en el concurso se cobraba el crédito al deudor principal y como éste estaba insolvente, ha podido repetirse contra los endosatarios. La acción entablada no es la misma ni son las mismas las personas ni la razón por que se pide, pues se cobraba á Duguet deudor principal, un crédito adquirido por compra y ahora se cobra á los endosantes lo pagado por un crédito que no ha sido cubierto. Pero suponiendo litis pendencia, ésta no puede enervar la acción principal contra los demandados, porque ella es solo una excepción dilatoria y estas excepciones solo producen los efectos que la ley les acuerda.

La sentencia recurrida no ha decidido el asunto controvertido, porque una excepción dilatoria como es la aceptada, no resuelve, no define, no decide; y mucho menos cuando por el considerando 1.º se ha resuelto la cuestión de derecho de haber sido transferido el crédido á virtud de un endoso por valor en cuenta, que es el eje de la cuestión en debate y de donde nace el ejercicio de la acción.

2º Por contener decisiones contradictorias;

y hay casación en la forma según el número 7 del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 186 del mismo Código exige, para acordar una sentencia, que la cuestión de derecho resuelta sirva de base para la decisión de las demás. La cuestión de derecho se resolvió en el considerando 1º y ha debido, servir de base para la decisión del pleito, pero de ningún modo para obstruirla ó contradecirla con la aceptación de una excepción dilatoria.

Otra contradicción manifiesta consiste en haberse eliminado el considerando 8º de la sentencia de primera instancia que aceptaba la excepción de litis pendencia; y rechazado ese considerando no ha podido decidirse la acción con la misma excepción dilatoria aceptada en primera instancia en el considerando eliminado.

La Corte:

Considerando:

1º Que aún cuando la excepción dilatoria de litis pendencia puede resolverse antes de la contestación de la demanda y promoverse por vía de incidente en el curso del pleito, las partes han aceptado discutirla en este juicio con las demás excepciones opuestas; y respecto de todas ellas ha recaído la resolución del Tribunal que conoció en él, sin que la circunstancia de haber sido decidida en la sentencia definitiva sea motivo para anular el fallo, ya que la ley no la señala entre las causales que sirven para fundar el recurso de casación en la forma;

2.º Que la sentencia recurrida confirmando en parte la sentencia de primera instancia que rechazó expresamente la demanda, dió lugar, de las excepciones opuestas por el demandado, únicamente á la de litis pendencia y esta decisión ha puesto de consiguiente, término al actual litigio; y

3º Que por las decisiones contenidas en la sentencia de que se reclama se ha rechazado la demanda y se ha aceptado la excepción de litis pendencia; y entre estas resoluciones no hay contradicción alguna siendo el rechazo de la demanda una consecuencia de la aceptación de la excepción de litis pendencia, sin que tal decisión importe la resolución de la cuestión á que se refieren los considerandos 1º y 2º de la sentencia recurrida que solo sirven de antecedente para aceptar la excepción alegada.

Visto lo dispuesto en los artículos 941 número 5º, 7º, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil se declara sin lugar con costas el recurso de casación en la forma interpuesto por don Erasmo Astrosa en contra de la sentencia de 22 de agosto de 1905, expedida por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago. Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Varas.—*Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—Carlos Varas.—E. Fóster Recabarren.*

Cas. Civ.—4 de agosto de 1906

Donoso con Gatica

Apreciación de los hechos.—Cosa juzgada.—Aguas.—Bienes nacionales de uso público.—Río; afluente.—Mercedes administrativas.—Prescripción.—Derecho adquirido.—Riberanos.

DOCTRINA:—*Los hechos establecidos por la sentencia recurrida como resultado de la apreciación de la prueba, deben servir de base para la resolución del recurso de casación en el fondo.*

La sentencia que sólo se refiere á otra dictada en otro juicio entre diversas partes y sobre una materia diversa para

apreciar sus elementos probatorios en concurrencia con los de la causa misma, y no para obligar á las partes en la nueva litis á someterse á los efectos del fallo anterior, no infringe los preceptos que rigen la cosa juzgada ni viola los artículos 3º del Código Civil y 198, 199 y 200 del de Procedimiento.

El derecho que el artículo 834 del Código Civil concede al dueño de una heredad para usar de las aguas de uso público que corren naturalmente por ella y el derecho que emane de una merced concedida á ese dueño por la autoridad administrativa, se limitan en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido con anterioridad, por prescripción ú otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas.

Si las aguas de un estero, que sirve de afluente á un río, tienen influencia notable en el aumento ó disminución de las aguas de un canal que se saca de ese río, estas aguas no pueden considerarse entre sí como independientes y distintas.

Por consiguiente, el uso que de las aguas de ese estero pueda hacer el dueño de la heredad superior, en virtud de una merced recientemente concedida por la autoridad administrativa "sin perjuicio de terceros", se halla limitado y subordinado al uso adquirido con anterioridad por el dueño de la heredad inferior que ha estado gozando su derecho de un modo público, pacífico y no interrumpido durante más de cuarenta años por medio de un canal construido en el río á que dicho estero sirve de afluente.

Doña Domitila Donoso v. de don Hermógenes Donoso por sí y en representación de sus menores hijos, entabló demanda contra don Rafael y don Enrique Gatica, diciendo que el fundo el "Galpón" de propiedad de don José Manuel Donoso, se regaba con un canal de agua que se extraía del río Claro, desde muchos años atrás, y que habiendo pretendido sacar don Vicente Correa un canal, en un punto más arriba en el río Claro, para regar su fundo "Cumpeo" hubo de seguirse un juicio para impedir que el mencionado Correa causara los perjuicios que la apertura de ese canal había de causar al fundo "Galpón".

Ese juicio terminó con la sentencia que declaró:

1º Que don Vicente Correa no puede perjudicar con el uso que haga de las aguas del río, los derechos del fundo "Galpón";

2º Que para los efectos de la declaración anterior se nombrará por las partes, y en su desacuerdo por el Juzgado, un perito que determine la disminución de aguas del Claro que debe sufrir el canal del señor Correa desde principios de enero de cada año; á fin de que el canal del "Galpón" lleve durante la temporada de riego la dotación de agua que le corresponda;

3º Que el pago del honorario del perito será de cargo del demandado, si hecha una vez la expresada determinación fuese necesario efectuarla nuevamente á causa del uso que continuara haciendo del agua el señor Correa con perjuicio de los derechos del "Galpón";

4º Que la dotación de aguas de este fundo debe fijarse según la capacidad que conserva el canal desde el expresado punto en que se separa del cauce que trabajó el señor Correa en su fundo "Cumpeo"; y

5º Que no ha lugar á la reconvención ni á las otras peticiones formuladas por las partes.

Que por fallecimiento de don Vicente Correa se dividió "Cumpeo" en hijuelas, habiendo adquirido los señores Gatica la denominada "Maitenes" sin derecho á agua.

A esta hijuela agregaron otra llamada "Treguiles".

Para regar estas propiedades obtuvieron los señores Gatica una merced de agua de sesenta regadores, concedida por el Intendente

de la Provincia, el año 1893, que debía extraerse del estero Teatinos, principal afluente del río Claro.

Agrega la demandante que sus derechos para regar su hijuela con las aguas del río Claro, están amparados por esa sentencia, en que se declara que no se puede extraer aguas de ese río sin asegurar previamente la completa dotación del canal del "Galpón", y en consecuencia pide que se declare que la sentencia mencionada es obligatoria para los señores Gatica como dueños de la hijuela "Maitenes", ya que el anterior dueño señor Correa ó sus sucesores no han podido transferirle la propiedad sino con los derechos que tenía.

Los sucesores Gatica no pueden, por consiguiente, extraer agua del río Claro, ó lo que es lo mismo de sus afluentes, sino en la misma forma que el causante de sus derechos.

Al terminar su demanda pidió se declarara:

1º Que á virtud de lo dispuesto por sentencia de 29 de noviembre de 1881, pronunciada en el juicio seguido entre don José Manuel Donoso y Vergara contra don Vicente Correa Albano, sobre extracción de aguas del río Claro para regar el fundo "Cumpeo", no pueden los demandados extraer agua de ese río ó de sus afluentes anteriores á la boca-toma del canal del "Galpón" sino en la forma y bajo las condiciones establecidas en dicha sentencia;

2º En subsidio de lo anterior, que siendo la merced concedida á los demandados para sacar agua del estero Teatinos, sin perjuicios de terceros, la extracción de las aguas á virtud de esa merced debe entenderse sujeta á las obligaciones de no perjudicar los derechos de los dueños del "Galpón", ó sea limitado al exceso de aguas que en el río ó sus afluentes hubiere, despues de asegurado al canal de dicho fundo la completa dotación de aguas que le corresponden, la cual sería determinada por un perito; y

3º Que los demandados incurrirán en una multa de $ 3.000 á beneficio de la Municipalidad de la respectiva comuna, en caso de desobedecimiento á lo que se resuelva tocante á las peticiones precedentes, por cada caso de infracción.

Don José Manuel Donoso, por sí, y doña Ana María Donoso, como representante de su hija María Luisa Donoso, hijuelatarios de la hacienda "El Galpón", hicieron suya la demanda y pidieron que se aceptara en todas sus partes.

Los señores Gatica, contestando la demanda, dicen que la cuestión ventilada en este juicio es distinta de la contemplada en la sentencia recordada. En aquel juicio se establecieron las reglas á que debía quedar sujeto un canal determinado, sacado de un determinado cauce.

Que ellos compraron una hijuela del fundo "Cumpeo", sin agua, por lo que no se ve qué relación tenga la sentencia sobre aguas de la parte regada del fundo "Cumpeo" con las que no lo son.

El fallo en cuestión no ha podido reglar derechos posteriores é imprevistos, ni aún las partes pudieron limitarlo, pues habría recaído sobre un objeto ilícito, cercenando derechos que todos tienen al aprovechamiento de los bienes nacionales de uso público, que sólo puede renunciarlos el que los adquiera en forma legal.

Los demandantes han dicho que el estero Teatinos, del cual sacan sus aguas los señores Gatica, es el mismo curso de agua del río Claro, porque ese estero, empleada esta palabra en el sentido vulgarmente usado, es afluente de este río, y que por tal motivo, al sacar aguas del estero afluente hay que tomar en consideración los derechos de los que extraen agua del cauce del río; pero el artículo 595 del Código Civil establece que: "Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público, etc.", lo que demuestra que el agua que corre por el cauce natural del estero Teatinos es bien nacional de uso público, distinto de otro cauce y, por consiguiente, susceptible de aprovechamiento sin consideración á otro canal.

El caudal de agua que lleva el estero Teatinos es enteramente distinto del que lleva el río Claro; y por consiguiente, no hay motivo para este juicio. Ellos tienen derecho á las aguas del río Claro, las que son muy distintas del estero Teatinos.

Esta manera de estimar estos dos caudales

de aguas es la misma en que lo hizo la sentencia expedida en la denuncia de obra nueva interpuesta por don José Manuel Donoso, uno de los actuales demandantes, contra los mismos sucesores Gatica, en la cual se estableció en el considerando tercero: que son bienes nacionales de uso público los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, de modo que, tanto el río Claro como el estero Teatinos, son bienes de esta naturaleza, distintos é independientes entre sí.

Siendo, pues, con arreglo á esta manera de estimar las cosas, distintas las aguas del Claro de las del Teatinos, no se ve cómo pueden perturbarse los derechos de unos al ejercer su dominio los otros sobre aguas que corren por diferentes cauces.

Todavía hay que agregar que si se ha notado alguna escasez en las aguas del Claro, debe atribuirse á que los demandantes no se han contentado con regar sólo el fundo "Galpón" sino que, por compras sucesivas que han hecho de otros terrenos, pretenden regarlos con el mismo canal.

Doña Domitila Donoso se desistió de la demanda, desistimiento que fué aceptado por decreto de 16 de abril de 1903.

La sentencia de primera instancia no dió lugar á la demanda, teniendo presente sustancialmente: que la sentencia de 1881, en que se declaró que don Vicente Correa, demandado entónces y que tenía su boca-toma en el río Claro, no puede ser obligatoria para los sucesores Gatica que tienen una hijuela de "Cumpeo", á quien no se han transferido las obligaciones del señor Correa, pues aquellos no fueron partes en aquel juicio; que la boca-toma del señor Correa contruída en el río Claro se encontraba unas cuantas cuadras ántes de la boca toma del "Galpón", miéntras que la del canal de los sucesores Gatica se encuentra á 4 leguas más arriba en el estero Teatinos; que el señor Correa no regó ni pudo regar la hijuela "Maitenes" por su situación especial, que sólo puede hacerse con las aguas del Teatinos, distintas é independientes de las de río Claro; que no puede sostenerse que por ser el estero Teatinos afluente del Claro, puede considerarse que las mercedes concedidas sobre este afluente puedan ser limitadas por los derechos adquiridos en el río Claro, puesto que el estero Teatinos es un cauce natural que atraviesa el fundo "Maitenes", por lo cual, y autorizado por el artículo 595 del Código de Procedimiento Civil, han podido los sucesores Gatica, con perfecto derecho, obtener de la autoridad respectiva la merced para extraer agua del estero Teatinos, conforme á lo dispuesto en el artículo 860 del Código Civil; y, finalmente que aunque las mercedes de agua se conceden sin perjuicio de otros que tengan mejor derecho, esto no puede entenderse en el caso actual, en que las bocas-tomas de los canales se encuentran en cauces naturales distintos é independientes.

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Talca dando por establecidos y probados los hechos siguientes:

a) Que desde hace más de cuarenta años el fundo "Galpón" y las hijuelas en que con posterioridad se dividió, se riegan de un modo público, pacífico y no interrumpido por medio de un canal que para el efecto se saca del río Claro;

b) Que las aguas de este río disminuyen con frecuencia en la temporada de los riegos porque se les somete á turno, y los canalistas solo gozan de ella en la forma y proporciones que en los mismos se establecen;

c) Que el estero Teatinos, del cual los demandados sacan ahora un acueducto para el riego de su fundo "Maitenes", es el principal y más caudaloso afluente del río Claro, y se encuentra más arriba, ó sea más al Oriente, del canal que sirve para el uso y menesteres del "Galpón", que por tal motivo las aguas del último disminuyen también considerablemente en la época de riegos, á la par con los del río de su origen;

d) Que la hijuela Maitenes comprada por los demandados el 29 de noviembre de 1893 á la sucesión de don Vicente Correa, y parte del antiguo fundo "Cumpeo", sólo se riega desde 1898 con el referido acueducto que se desprende del estero Teatinos;

e) Que la antigüedad del canal del "Galpón", y el consiguiente derecho de sus dueños al uso de las aguas del río Claro, tiene á lo ménos una existencia anterior al año 1838 mién-

tras que Correa solo obtuvo su merced el 22 de noviembre de 1893; y

f) Que el mismo Correa, ya en el mismo juicio, ya en otros antecedentes á él acompañados, reconoce que en las épocas de riego sobreviene escasez en las aguas del Claro, por lo que durante varios años ha debido limitar á diez, y hasta tres, sus propios regadores.

Y teniendo presente que aún cuando fueron aducidos en otro juicio, no por eso dejan de tener aplicación en el actual, en que se trata de un afluente del río Claro; que no puede sostenerse como principio general que un río y sus afluentes sean dos entidades distintas que no tengan relación entre sí, puesto que los afluentes son los que contribuyen á formar el caudal de aguas del río; que al presente existen los mismos motivos para dictar una sentencia igual á la de 29 de noviembre de 1881, limitativa de derechos, que estableció que don Vicente Correa no puede perjudicar en el uso que de las aguas del Claro hacen los dueños del fundo "Galpón", y finalmente que la merced de los demandados de reciente data, no puede lesionar en ningún caso derechos preferentes por cuanto ello, como todas las de su clase, se conceden sin perjuicio de terceros, condición que implica la limitación del que la obtiene por los derechos de los otros accionistas, adquiridos anteriormente sobre las aguas de un río, revocó la sentencia de primera instancia; y declaró que daba lugar á la petición subsidiaria contenida en la conclusión segunda de la demanda, con declaración de que la dotación de aguas á que se refiere dicha petición subsidiaria deberá ser determinada por el juez previo informe de un perito nombrado en la forma ordinaria y limitarse sólo á la que corresponda á las hijuelas de don José Manuel y doña María Luisa Donoso. Doña Domitila Donoso no fué incluida en la parte dispositiva de la sentencia por haberse desistido de la demanda, como se ha expuesto más arriba.

Los señores Gatica interpusieron en tiempo recurso de casación en el fondo contra esta sentencia.

Formalizando el recurso dicen que la sentencia de la Corte de Talca no tiene otro fundamento que la cosa juzgada que se supone existía, respecto de los señores Gatica, en la sentencia que puso término al juicio seguido entre los propietarios del fundo "Galpón" contra don Vicente Correa.

Para aceptar esta petición la sentencia se funda en que esa sentencia declaró que don Vicente Correa no puede perjudicar, con el uso que haga de las aguas del Claro, los derechos del fundo Galpón y aún cuando se expresa en el considerando 3º que aún cuando los antecedentes que acaban de exponerse, se refieren á otro juicio seguido entre distintas personas y con motivo de un canal diverso, tiene también aplicación en éste, tanto por fijar el verdadero estado de las cosas á la fecha en que se inició, cuanto porque manifiestan que carece de importancia el hecho de que los demandados saquen su acueducto del estero Teatinos y no del mismo río Claro, desde que con ello perjudican el fundo "Galpón" en todo caso, y en el considerando 6º repite la sentencia que, en consecuencia, existen al presente los mismos motivos que hubo para dictarse la sentencia de 1881 limitativa de derechos, que establece que don Vicente Correa no puede perjudicar con el uso que hace de las agua del Claro los derechos del fundo "Galpón".

La Corte de Talca, al pronunciar la sentencia ha aceptado el único fundamento de la demanda, que es la cosa juzgada, sin embargo de haberse pronunciado la sentencia en juicio seguido entre personas distintas, y respecto de un canal diverso del que fué objeto del juicio, en que se trataba de las aguas del río Claro y no del estero Teatinos. Y sin embargo, el Tribunal se desentendió de otra sentencia que reconoció á los señores Gatica el derecho á extraer las aguas del estero Teatinos, que corre por su propiedad, para emplearla en el riego de sus terrenos.

Al aceptarse la cosa juzgada en este juicio se han violado las disposiciones del artículo 3º del Código Civil y los artículos 198, 199 y 200 del Código de Procedimiento Civil, por haberse dado valor á una sentencia dictada en juicio seguido entre distintas personas, sin que tampoco reuna las demás condiciones requeridas por la ley para que se le dé valor.

Esta violación ha influido de tal modo en el fallo, que sin ella no se habría dado lugar á la demanda, por lo cual, apoyado en lo dispuesto por el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil, pide que se dé lugar al recurso.

Los señores Gatica, por otra parte, dueños de los fundos "Maitenes" y "Treguiles" por donde corre el estero Teatinos, están autorizados por los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, á hacer uso de esas aguas sin necesidad de pedir autorización, y sólo con la obligación de restituir las aguas sobrantes al cauce natural.

El artículo 834 establece que el dueño de una heredad puede hacer, de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos para el riego de la misma heredad, para dar movimiento á sus molinos ú otras máquinas y abrevar sus animales, haciendo sólo volver el sobrante á su acostumbrado cauce á su salida del fundo.

Este derecho puede ser limitado únicamente en cuanto el dueño de la heredad superior haya adquirido por prescripción ú otro título el derecho de servirse de las mismas aguas; la prescripción será en este caso de diez años, contados como para la adquisición del dominio y correrá desde que se hayan construido obras aparentes destinadas á facilitar ó dirigir el descenso de las aguas en la heredad inferior.

Los señores Gatica han podido, pues, servirse de las aguas del estero Teatinos sin limitación alguna, puesto que no existen en su fundo, ni en el estero, obras de ningun a clase construidas por los señores Donoso para dirigir el descenso de las aguas para servirse de ellas en el riego de sus propiedades, las cuales son regadas por aguas que sacan del río Claro, mucho más abajo del punto en que los señores Gatica sacan las del estero Teatinos.

El uso de estas aguas, reconocido por los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, no requiere concesión especial de la autoridad, pues la ley lo concede como una servidumbre legal, y sin embargo, los señores Gatica han pedido merced de las aguas con que riegan su fundo "Maitenes".

Para que el fundo "Galpón" pudiera limitar el uso de las aguas al fundo "Maitenes" habría sido menester que la boca-toma estuviera en el mismo estero y no en el río Claro y que estuviera construido el canal en el fundo "Maitenes".

La sentencia recurrida ha infringido, pues, las disposiciones de los artículos citados y hace necesaria la aplicación del artículo 940 del Código de Procedimiento Civil, por haber influido esta infracción en lo dispositivo de la sentencia.

Por fin, no aceptando la sentencia recurrida que el estero Teatinos es independiente del río Claro, para los efectos de constituir derechos sobre sus aguas, ha infringido la disposición del artículo 595 del Código Civil, que establece que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, exceptuadas las aguas que nacen y mueren dentro de una misma propiedad, son bienes naciones de uso público, con lo cual hace inaplicables las disposiciones de los artículos 834 y 835 del Código Civil.

Y todavía ha desconocido el derecho que los señores Gatica han adquirido sobre esas aguas por la merced que se le ha concedido con arreglo á los artículos 830, 860 y 837 del Código citado, derecho que también se les ha reconocido por sentencia pronunciada contra las pretensiones de don José Manuel Donoso, que denunció por nueva la obra porque con ella se iban á reducir las aguas del río Claro.

Fundando en seguida el recurso insisten en que la acción entablada en la demanda es la de cosa juzgada, sin invocarse otro fundamento ó razón legal para impedir que los demandados, ahora recurrentes, pudieran extraer las aguas del estero Teatinos, y que las peticiones de la demanda guardan conformidad con la acción, una de las cuales ha sido aceptada por la sentencia de la Corte, aplicando lo resuelto por la sentencia de 1891, á pesar de reconocer que ella fué dictada en virtud de actos ejecutados por don Vicente Correa y que sólo respecto de él puede tener efecto esta sentencia y no contra los señores Gatica, que no litigaron en aquel juicio.

Para demostrar el derecho que tienen los recurrentes á las aguas que extraen del estero Teatinos, discurren ampliamente sobre la

aplicación que debe darse á las disposiciones de los artículos 834 y 835 del Código Civil, sosteniendo que la excepción contenida en el número 1º del último artículo se refiere á las mismas aguas sobre cuyo dominio se disputa.

Así, que tratándose de dos propietarios, la única limitación que se reconoce al dueño de una heredad para servirse de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su uso privado, consiste en que el propietario de la heredad inferior haya ejercido sobre el mismo cauce natural y sobre las mismas aguas actos de aprovechamiento, que si no arrancan de un título ó de un contrato con el dueño de la heredad superior, tiene que consistir en obras aparentes ejecutadas en el mismo cauce natural y sobre las mismas aguas y que estén destinadas á la simple vista á facilitar ó dirigir el descenso de las tales aguas en la heredad inferior.

Estos preceptos legales están violados, á su juicio, por la sentencia de la Corte de Apelaciones, al establecer que el derecho de los demandados á hacer uso de las aguas del estero Teatinos, está limitado por el derecho de los demandantes á extraer del río Claro, cuatro leguas más abajo, un canal para el riego de sus propiedades, que son hijuelas de la antigua hacienda el "Galpón". Para resolver de esta manera, la sentencia invoca la teoría nueva en derecho y en jurisprudencia, que un río y sus afluentes y, por lo tanto, las aguas de ellos entre sí no son independientes y distintas, "pues concurriendo éstas á la formación de aquél, hay necesariamente entre los mismos el enlace y solución de la parte con el todo y de las componentes á la resultante".

Pero el hecho de que los ríos se forman de los esteros y éstos de las corrientes más pequeñas, no basta para impedir que los propietarios de la heredad superior puedan hacer el uso conveniente para su predio de las aguas que corren dentro de su heredad. Este derecho no puede ser limitado sino en el mismo curso de las aguas y en la única forma establecida por el artículo 835 ya citado. La ley ha establecido (C. Civil, art. 595), que no sólo los ríos son bienes nacionales de uso público, sino también todas las corrientes por pequeñas que sean, que corran por cauces naturales, exceptuadas solamente los que nacen y mueren dentro de una misma propiedad. Dadas estas prescripciones legales no cabe hacer la salvedad que hace la sentencia, y entrar á apreciar si el uso reconocido al propietario superior puede causar perjuicios al propietario inferior que tenga un canal en otro curso de aguas formado con los tributarios.

El derecho de los señores Gatica está reconocido por las disposiciones legales citadas y no puede ser limitado en manera alguna, puesto que no existen en su fundo ni en el mismo estero obras de ninguna clase construidas por los demandantes ó sus antecesores para facilitar y dirigir el descenso de las mismas aguas en sus heredades inferiores.

Ampliando lo expuesto en la formalización del recurso respecto al derecho adquirido por la merced que se ha concedido á los demandantes para extraer sesenta regadores del estero Teatinos, dice que la sentencia se ha desentendido de este derecho y de las diposiciones de los artículos 595, 603, 680 y 837 del Código Civil.

El artículo 595 establece que todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público, sin dejar entender que los ríos, esteros ó arroyos sean una entidad única, sino que, por el contrario se deduce de su redacción que son independientes unos de otros y que pueden adquirirse independientemente sus aguas.

El artículo 598 establece, que "el uso y goce que para el tránsito, riego..... corresponden á los particulares en..... los ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público estarán sujetos á las disposiciones del Código y á las Ordenanzas generales ó locales que sobre la materia se promulguen" y al hacer una enumeración genérica de los bienes nacionales de uso público comprende en ella las aguas que corren por cauces naturales aunque no puedan calificarse como ríos. Y el artículo 603, que dispone que nadie puede sacar canales de los ríos para ningún objeto industrial ó doméstico, sino con arreglo á leyes ú ordenanzas respectivas, se refiere también á los esteros ú otras corrientes desaguas.

Al dictarse las reglas á que debían sujetar-

se las concesiones de mercedes, la ley de Municipalidades de 1854 se refirió á los ríos y demás corrientes de aguas de uso común de los habitantes y á las mercedes ó permisos para sacar aguas de un río ó estero, considerando toda corriente de agua como individualidad propia y como independiente de otra que pudiera ser tributaria.

Y el Código Civil, dictado con posterioridad á esta ley, conservó en sus disposiciones las mismas de esta ley, que eran las ideas dominantes y aceptadas en el país. De sus disposiciones se desprende que el concesionario de merced en aguas de un río, estero ó vertiente de uso público solo puede ser restringido y solo puede subordinarse á los derechos anteriormente adquiridos en el mismo río, estero ó vertiente á que la merced determinadamente se refiere, pero que no puede subordinarse, ni puede ser limitada por mercedes anteriores concedidas en el río corriente de aguas de que son afluentes aquellas corrientes sobre las cuales se ha concedido la merced.

La disposición del artículo 860 guarda perfecta conformidad con la teoría que sostiene, y habiendo tenido los sucesores Gatica una merced especial para sacar aguas del estero Teatinos, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 598, 603, 860 y 837, no es posible limitarles su concesión fundándose en que los demandantes tienen derecho á sacar un canal del río Claro, cuatro leguas más abajo del punto en que el estero Teatinos desemboca en el río Claro. La limitación sólo puede existir en la misma corriente y en virtud de concesión anterior.

Si se aplicara á este juicio la manera de entender la cuestión de la sentencia de 1881, se dejaría al arbitrio del Juez el conocimiento del derecho de concesionarios en corrientes secundarias.

La resolución dada por la Corte, con prescindencia de los derechos que los artículos 834 y 835 del Código Civil, acuerdan á los señores Gatica, no pueden ser más grave; echaría por tierra, á su juicio, el sistema legal que entre nosotros reglamenta el aprovechamiento de las aguas corrientes, sistema sancionado por una larguísima práctica.

Este sistema ha sido reconocido por la ley de Municipalidades de 1887, que es reproducción de la de 1854 y aceptada por la ley de Municipalidades de 1891.

Las ordenanzas dictadas por el Presidente de la República en uso de las facultades que le confiere la ley, ordenanzas que deben regir sobre afluentes ó corrientes de ríos más caudalosos, y aún para esteros, demuestran, por fin, que un estero es, lo mismo que el río en que desemboca ó muere, uno de los bienes nacionales cuyo uso y goce corresponde á todos los habitantes y que no es posible desentenderse de las disposiciones de los artículos 834, 835 y 836 que más que ningunos otros contribuyen á formar la teoría legal que viene sosteniéndose.

La sentencia recurrida ha violado, pues, manifiestamente las disposiciones legales citadas, influyendo de una manera sustancial en su resolución, por lo que pide que se invalide dicha sentencia.

Don José Manuel Donoso y comparte, respondiendo al escrito en que se funda el recurso, pide, á su vez, que se declare sin lugar, con costas.

Ocupándose de la causal de cosa juzgada, dice que la cosa juzgada produce acción y excepción; que como acción se puede hacer valer para llevar á efecto el cumplimiento de lo juzgado, situación que no tiene aplicación en el caso actual, pues no se ha resuelto que se dé cumplimiento en contra de los señores Gatica á la sentencia de 1881, pronunciada en juicio contra otra persona y sobre una acción distinta; que si se hubiera querido compeler á los demandados á cumplir lo resuelto en aquella sentencia habrían tenido derecho á oponerse á la demanda, diciendo que ellos no habían sido parte en aquel juicio; y que no habiendo litigado, no les empece aquella resolución.

La sentencia pronunciada, en este juicio ha puesto término á un largo litigio dirimiendo la cuestión en un sentido que ninguna relación tiene con lo que resolvió la pronunciada contra don Vicente Correa y, por consiguiente, no infringe las disposiciones de los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Civil, puesto que se limitó á resolver la petición subsidiaria debatida que era muy distinta de la recaida en el otro juicio.

Tampoco tiene aplicación al caso actual la dispósición del artículo 200 del mismo Código, puesto que no se ha tratado en este juicio de llevar á efecto lo resuelto en sentencia anterior pronunciada en otro juicio y entre distintas personas.

Lo que hay de verdad en el asunto es que el recurso fundado en la primera causal de "haber admitido una demanda que no tiene otro fundamento que la acción de la cosa juzgada", no tiene base en los autos.

La sentencia recurrida, lejos de haber aceptado la acción de cosa juzgada, ha expresado en forma clara y perentoria que la sentencia de 1881 no produce efecto alguno contra los señores Gatica que no fueron parte en el juicio en que se pronunció. Haciendo suyo el considerando 4º y reproduciéndolo en la sentencia de segunda instancia ha dicho la Corte que "si bien es cierto que los demandados son actualmente dueños de la hijuela del fundo "Cumpeo", denominada Maitenes, no por eso se les han trasmitido los derechos y obligaciones que la sentencia indicada impuso al señor Vicente Correa, por cuanto el juicio seguido entre éste y el señor Donoso, tuvo su origen en los actos ejecutados por el señor Correa, y sólo respecto de él se dictó la sentencia aludida, y no puede tener fuerza obligatoria en contra de los señores Gatica, que no litigaron en aquel juicio".

No habiéndose resuelto por la sentencia recurrida, como se espresa en el considerando trascrito, que la sentencia de 1881 obliga á los señores Gatica, no se ha infringido la disposición del artículo 3º del Código Civil, y no hay, por consiguiente, fundamento en que apoyar un recurso de casación en el fondo por esta causa.

La sentencia recurrida es todavía más clara en su parte dispositiva.

Habiéndose pedido en la demanda que se declarara que los demandados, señores Gatica, no podían extraer aguas del río Claro ó de sus afluentes anteriores á la boca-toma del canal del "Galpón", sino en la forma y bajo las condiciones estabecidas en la sentencia de 29 de noviembre de 1881, pronunciada en el juicio seguido por don José Manuel Donoso contra don Vicente Correa, la sentencia impugnada desechó esta petición y sólo dió lugar á la petición subsidiaria contenida en la segunda petición de la demanda en la que se pedía, que en subsidio de la petición principal, y "siendo la merced concedida á los demandados, para sacar aguas del estero Teatinos sin perjuicio de terceros, la extracción de agua á virtud de esa merced debe entenderse sujeta á la obligación de no perjudicar los derechos de los dueños del "Galpón", ó sea, limitada al exceso de aguas que en el río ó afluentes hubiere, después de asegurada al canal de dicho fundo la completa dotación que le corresponde, la cual será determinada por peritos".

Hay que notar todavía que esta causal no está fundada en que se trate de cumplir una sentencia que no les obliga á los sucesores Gatica, sino que, según los recurrentes, la sentencia está fundada sobre otra que no les empece, lo cual podría haber dado motivo para impugnar la sentencia por otros motivos, pero no por infracción del artículo 3º del Código Civil.

Pero la verdad es que la sentencia, que dá lugar á la petición subsidiaria, está fundada en parte: 1º en mérito de los considerandos 4º y 5º de la sentencia de primera instancia; 2º en mérito de la prueba testimonial rendida por los demandantes al tenor de las articulaciones 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 8ª del interrogatorio la cual, apreciada por el Tribunal, dió por resultado los hechos consignados en el considerando 1º; 3º en mérito de la apreciación que el Tribunal hace de las piezas compulsadas en autos, conocidas y discutidas por los recurrentes; y 4º en mérito de las demás consideraciones de hecho y de derecho que constan de la sentencia recurrida.

La sentencia sólo menciona la de 1881, para fijar el verdadero estado de la cosa, á la fecha en que se inició juicio, y para insistir en la circunstancia de que el hecho de que los demandados saquen su acueducto del estero Teatinos y no del mismo río Claro perjudica en todo caso el fundo "Galpón".

La sentencia en examen no mandó cumplir, pues, una sentencia anterior, sino que se limitó á pronunciarse con el mérito de las pruebas aducidas en autos, resolviendo la cues-

tión propuesta subsidiariamente, por lo que no hay motivo legal para deducir recurso de casación fundado en la primera causal.

En cuanto á la segunda causal, dice que los sucesores Gatica no invocaron, en su contestación á la demanda, las disposiciones de los artículos 834 y 835 del Código Civil en apoyo de sus derechos, y que se han conformado con la resolución de la sentencia de primera instancia basada en los artículos 595, 603 y 869 que consideran la cuestión en una faz enteramente distinta: en los artículos en que se funda el recurso contempla la ley el uso que puede hacer el dueño del fundo riberano de las aguas que corren naturalmente por su heredad, mientras que ellos han fundado su defensa en los últimos artículos que le dan el título de dominio á las aguas cuestionadas.

La sentencia recurrida no ha infringido, por consiguiente, las disposiciones de los artículos en que se funda el recurso, puesto que no han sido materia de la discusión.

La sentencia está fundada, por otra parte, en la apreciación de la prueba que ha hecho el Tribunal, en la que estimó que las aguas del estero Teatinos forman parte del caudal de aguas del río Claro, por lo que, tomando en consideración los títulos que hacen valer los demandados, ha debido aplicarse á la resolución lo dispuesto en el artículo 860 del Código Civil.

La apreciación jurídica que el Tribunal sentenciador ha hecho de la prueba para considerar que las aguas del estero Teatinos son las mismas que las del río Claro, no puede ser alterada por una sentencia de casación, puesto que los artículos 958 y 977 del Código de Procedimiento Civil dan al Tribunal del fondo de la cuestión una facultad privativa cuyo ejercicio no está sujeto á revisión.

Cualquiera que sea, pues, la resolución que haya dado ese Tribunal, no dá motivo para casación y debe, por consiguiente, desestimarse esta causal y rechazarse el recurso.

Discurriendo ámpliamente en seguida sobre el significado de la palabra río y estero, en el sentido dado á esta última palabra en Chile, dice que tanto los ríos como todas las aguas que corren por cauces naturales, según lo dispuesto en el artículo 595 del Código Civil, son bienes nacionales de uso público y, por consiguiente, apropiables para los usos particulares, sujetándose á las disposiciones legales; que siendo el río formado por los afluentes, vertientes ó esteros, no puede prescindirse de éstos cuando se adquiere el dominio á una parte de las aguas de un río, porque si se permitiera apropiarse de los afluentes, sin consideraciones á los derechos que han adquirido las heredades inferiores que sacan aguas de un río, resultaría que serían anulados y desaparecerían los derechos de las heredades inferiores, si se prescindiera de ellas para conceder posteriormente derechos sobre los afluentes ó esteros.

Sostiene todavía la parte recurrida que, habiendo estimado la sentencia que el río Claro y el estero Teatinos son una misma cosa, según la prueba rendida, no es posible alterar esta manera de apreciar los hechos al pronunciarse sentencia. No puede cambiarse esta situación jurídica. Debe considerarse como un hecho incontrovertible que el estero Teatinos forma parte del río Claro y que no puede considerarse separado de él para los efectos de constituir derechos sobre sus aguas.

Pero, para atacar la resolución por haber trasgredido la ley, es necesario indicar cual es el precepto legal infringido, cosa que no se ha hecho al tratar este aspecto de la cuestión.

La sentencia, por el contrario, reconoce los derechos de los recurrentes. Se dicen dueños de una merced de aguas que ha sido respetada en todo el valor jurídico que le da el artículo 860 del Código Civil; se ha aplicado estrictamente la disposición legal. No puede, por consiguiente, sostenerse que al darse una resolución se ha infringido el artículo 595. El derecho adquirido por la merced no les es desconocido á los recurrentes, sino que se les reconoce el goce con la limitación establecida en su mismo título, esto es, de respetar los derechos anteriores adquiridos.

Y habiéndose establecido con la prueba que los señores Gatica perjudican los derechos de los demandantes al sacar íntegramente los derechos adquiridos, la resolución de esta cuestión es de simple buen sentido. Si al hacer uso de la merced no causan perjuicios á los demandantes, nada han perdido con el fallo.

Pero si los perjuicios son efectivos, el uso de las aguas debe limitarse en cuanto sea necesario para dejar en el goce íntegro de sus derechos á los demandantes, conforme á la limitación establecida en la merced.

Más habiéndose estimado por el Tribunal del fondo, apreciando la prueba que consta de autos, que los señores Gatica perjudican los derechos del "Galpón" con la extracción completa de los regadores que les ha concedido la merced, esta apreciación de los hechos no puede ser revisada por el Tribunal de Casación, porque la facultad de apreciar los hechos es privativa del tribunal sentenciador y la interpretación que se haga de ellos en la sentencia es inamovible.

Establecido, pues, el hecho de que la merced de los recurrentes perjudica los derechos del "Galpón", no es ya posible entrar á demostrar que los perjuicios no son efectivos ni á rever lo resuelto sobre este punto.

No ha habido, según cree haberlo demostrado, infracción de las disposiciones legales que sirven de fundamento al recurso, por lo cual concluye pidiendo que no se dé lugar á él, condenándose en las costas.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la sentencia de que se recurre da por establecidos los hechos siguientes, que esta Corte tiene que aceptar para la presente resolución, conforme á lo prescrito por los artículos 958 y 977 del Código de Procedimiento Civil:

a) Que la boca-toma del canal de los demandados se encuentra ubicada en el estero Teatinos como cuatro leguas más arriba de la toma construida por don Vicente Correa, que fué objeto de la sentencia dictada en 1881 en el juicio seguido por éste, dueño entónces del fundo "Cumpeo", con los propietarios del predio "El Galpón";

b) Que desde hace más de cuarenta años el fundo "Galpón" y las hijuelas en que con posterioridad se dividió, se riegan de un modo público, pacífico y no interrumpido por medio de un canal que para el efecto se saca del río Claro;

c) Que las aguas de este río disminuyen con frecuencia en la temporada de los riegos, por lo que se le somete á turno, y los canalistas sólo gozan de ellas en la forma y proporciones que en los mismos se establecen;

d) Que el estero Teatinos, del cual los demandados sacan ahora un acueducto para el riego de su propiedad "Maitenes", es el principal y más caudaloso afluente del río Claro, al que entra más arriba, ó sea más al oriente del canal que sirve para el uso y menesteres del "Galpón";

e) Que por tal motivo las aguas del último disminuyen también considerablemente en la época de riegos, á la par con las del río de su origen;

f) Que la hijuela "Maitenes" comprada por los demandados el 29 de noviembre de 1893 á la sucesión de don Vicente Correa y parte del antiguo fundo "Cumpeo", según la inscripción que corre en autos, sólo se riega desde 1898 con el referido acueducto que se desprende del estero Teatinos;

g) Que la antigüedad del canal del "Galpón" y el derecho de sus dueños al uso de las aguas del río Claro, tiene á lo menos una existencia ánterior á 1838, y la merced de los demandados es de reciente data;

h) Que en las épocas de riego sobrevienen escaceses en las aguas del río Claro, por lo que hay necesidad de someterlas á turno; y

i) Que la disminución del caudal del estero Teatinos, principal afluente del Claro, merma la dotación de aguas á que tiene derecho el canal del "Galpón";

2º Que además de los hechos precedentes, la misma sentencia, fundada en el considerando 4º de la de primera instancia y en las razones que emite en sus propios considerandos 3º, 5º y 6º, expresa terminantemente que este juicio es diverso del fallado en 1881, por ser diversas las partes litigantes y diversa la materia de la litis, que sólo se refiere al anterior, no para hacer cumplir á los demandados aquella sentencia que no les empece, sino para apreciar sus elementos probatorios en concurrencia con la prueba rendida en la presente controversia y fijar así los hechos que sirven de necesario fundamento de la petición subsidiaria de la demanda;

3º Que de este modo aparece que la sententencia recurrida no ha ordenado cumplirse respecto de los demandados la sentencia que se expidió en 1881, y por lo mismo no ha infringido los artículos 3º del Código Civil y 198, 199 y 200 del de Procedimiento Civil que dichos demandados invocan en el recurso sosteniendo que se les ha obligado á someterse á los efectos de una litis en que no figuraron como partes;

4º Que tampoco resultan infringidos los artículos 834, 835, 836, 595, 603, 837 y 860 del Código Civil, puesto que, sea que se trate del aprovechamiento de una corriente de uso público, sin necesidad de merced especial, ó sea que se se pretenda ejercer dicho uso con el título que se obtiene de la autoridad administrativa, el hecho es que la sentencia de que se reclama ha aplicado correctamente los preceptos indicados al estimar:

a) Que las aguas del estero Teatinos, por tener influencia notable en el aumento ó disminución de las aguas del canal que en el río Claro tienen los dueños del fundo el "Galpón", no pueden ser consideradas entre sí como independientes y distinta su cantidad;

b) Que de consiguiente, el uso que de las primeras pueden hacer los demandados se halla limitado por el que corresponde á los demandantes en el río Claro porque éstos han estado gozando su derecho de un modo público, pacífico y no interrumpido desde hace más de 40 años por medio de un canal construido al efecto en el expresado río; y

c) Que la merced de los demandados es de reciente data, y habiéndose concedido sin perjuicio de terceros, como todas las de su clase, no puede lesionar en ningún caso los derechos preferentes de aquellos.

5º Que la Corte, conformándose á esta doctrina, ha resuelto el pleito dando lugar á la petición subsidiaria de la demanda en el sentido de que el ejercicio de la merced concedida á los demandados debe entenderse sujeta á la obligación de no perjudicar los derechos de los dueños de el "Galpón", con declaración, según lo expresa textualmente, de que la dotación de aguas á que se refiere dicha petición subsidiaria deberá ser determinada por el Juez, previo informe de un perito, y limitarse solo á la que corresponde á las hijuelas de cada uno de los demandantes, don José Manuel y doña María Luisa Donoso, dentro de los límites y extensión en que aparecen les fueron adjudicadas; y

6º Que de esta suerte, ha resuelto la Corte el punto controvertido, sobre preferencia al uso de las aguas en referencia, con sujeción á los principios legales que reglan esta materia.

Vistos además los artículos 940, 962 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha, con costas, el recurso de casación interpuesto. Queda aplicado al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Urrutia. Se previene que el señor Ministro Fóster Recabarren no aceptó el cuarto de los fundamentos de este fallo, y en su lugar tuvo presente la consideración de que los jueces del fondo no habían infringido los preceptos legales en cuya violación se basa el recurso: 1º porque el derecho que los demandados opusieron como excepción durante el juicio á las pretensiones consignadas por los demandantes en la peticion subsidiaria de su demanda, única á la cual se dió lugar en la sentencia recurrida, fué sólo el que les correspondía en virtud de una merced de reciente data, concedida á ellos por la autoridad administiva para extraer, sin perjuicio de terceros, sesenta regadores de aguas del estero Teatinos; y 2º por que la Corte de Talca estableció como antecedente de su fallo, antecedente que, por serlo de un hecho, es inamovible, el de que con el uso que de las aguas del indicado estero hacían los demandados, sufrían disminución las del canal perteneciente á los demandantes, cuyo título es de fecha anterior á la de la merced concedida á aquellos.—*Leopoldo Urrutia. — Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Carlos Varas. — Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.*

———

Cas. en la forma.—6 de noviembre de 1906

Síndico de la quiebra de Carlos Buero con Lacco y otro

Quiebra.—Cesación de pagos.—Nulidad relativa.—"Ultra petita".—Cosa juzgada.

DOCTRINA:—*No falla "ultra petita" la sentencia que declara la nulidad de unos contratos celebrados por un fallido, fundándose en el artículo 1376 del Código de Comercio, si la demanda se fundaba precisamente para pedir esa nulidad, entre otras prescripciones, en ese artículo.*

El recurso de casación en la forma fundado en haberse dado la sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, exige que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio.

Don Alberto Molfino, síndico de la quiebra de Carlos Buero é Hijo, expone: que éstos vendieron á don Domingo Lacco y á don Carlos Grasso en 29 de abril de 1904 y cuando ya habían cesado en el pago de sus obligaciones mercantiles, las siguientes propiedades situadas en esta ciudad: un sitio y edificio ubicado en la calle Vivar, con los núms. 304 á 308; un sitio y edificio ubicado en la esquina formada por las calles de Thompson y Tacna, núms. 122 á 130; por la calle de Thompson, otro sitio y edificio contiguo al anterior; por la calle de Tacna, signado con los núms. 165 á 169 inclusive, un predio situado en la esquina Sur-Oeste formado por las calles de O'Higgins y Ramírez; y un predio contiguo al anterior por la calle de O'Higgins núm. 170; y se estipuló al precio de $ 30.000 al contado y un pacto de retroventa por cuatro años; que vendió también don Carlos Buero á don Carlos Grasso cincuenta acciones de la Compañía de Seguros Cristóforo Colombo y todos esos contratos no han tenido otro objeto que servir los propósitos del fallido sin que haya habido pago de precio ni se haya transferido el dominio de los bienes vendidos; que según las disposiciones del Código de Comercio y Código Civil todos esos actos y contratos son nulos, porque han sido verificados en el tiempo medio entre la cesación de pagos y la declaración de quiebra y pueden ser rescindidos siempre que los acreedores pagados y los terceros que hubieren contratado con el fallido hubiesen procedido con el conocimiento de la cesación de pagos; que si no fuera bastante para producir la nulidad de esos contratos el hecho de ser simulados, lo sería el hecho público y notorio que ningún comerciante de esta plaza podía ignorar de que Carlos Buero é Hijo desde más de un año atrás habían cesado en el pago de sus obligaciones mercantiles y que sus negocios estaban en muy mal estado. Fundado en estos antecedentes entabló demanda contra don Domingo Lacco y don Carlos Grasso, y pidió que se declarara oportunamente: que es nula la venta de todos los bienes raíces enunciados en la escritura pública de 29 de abril de 1904 y nula la venta ó cesión de cincuenta acciones de la Compañía Cristóforo Colombo y, en consecuencia, que están obligados á devolver esos bienes á la quiebra con sus frutos, que se les condene á la pérdida de todo interés que puedan tener en la quiebra y al pago de los perjuicios y costas de la causa.

Don Antonio Becerra, por los señores Lacco y Grasso, contestó la demanda y dijo: que según las disposiciones legales citadas por el demandante, para que sean nulos ó rescindibles los actos y contratos á título oneroso á que ellas se refieren, es necesario que concurran las dos circunstancias de que hayan sido celebrados en el tiempo medio entre la cesación de pagos y la declaración de quiebra y que los acreedores pagados y los terceros que hubiesen contratado con el fallido hubiesen procedido con conocimiento de la cesación de pagos; que no es efectivo que la venta de esas propiedades y acciones se hayan celebrado entre la cesación de pagos y la declaración de quiebra y no es exacto que los compradores conociesen la cesación de pagos del vendedor; que es falso que el vendedor hubiese cesado en el pago de sus obligaciones el 29 de abril de 1904 y no se fijó la fecha de esa cesación, ni se ha fijado y, por lo tanto, se entiende que esa fecha es la misma

de la declaración de quiebra; que no ha habido mala fe de parte del vendedor ni del comprador y esta aseveración del demandante no tiene fundamento alguno; que la venta la hizo don Carlos Buero apénas llegado de Europa, sin que tuviese conocimiento del mal estado de los negocios de su hijo Domingo ó sea de la sociedad, y los compradores ignoraban que ese contrato afectase á la sociedad y á la quiebra y que esta obligación hiciese responsable personalmente al socio don Carlos Buero, y en cambio los compradores sabían que la sociedad hacía pagos en los mismos días de la quiebra, como se acreditará y por valor de $ 3.800, y todavía es señal de la buena fe de los compradores el pacto de retroventa que se estipuló, porque á haber tenido conocimiento de la cesación de pagos de la sociedad no se habría estipulado, desde que la quiebra vendría á imposibilitar al vendedor para recuperar el precio pagado; que no es exacto que no se haya transferido el dominio porque la escritura fué inscrita en el mismo día de su otorgamiento y á nombre de los compradores y en cuanto al precio lo había recibido el vendedor con anticipación y casi en su totalidad más de un año antes como se justificará y por eso en la escritura el vendedor declara haber recibido el precio á su satisfacción y que los compradores lo han pagado por mitad, y así la escritura de 29 de abril viene á ser el perfeccionamiento de una venta hecha mucho tiempo antes; que las razones que militan para sostener la validez y eficacia de la compra de los bienes raíces obran en favor de la venta de las cincuenta acciones de la Compañía Cristóforo Colombo, siendo de advertir que el gerente de esa Sociedad es el mismo síndico demandante que intervino y aceptó la transferencia de esas acciones y el mismo síndico aceptó la venta de esas acciones que en 10 de junio hizo don Carlos Grasso á don Francisco Pessoro y si esa venta era nula el 29 de abril, no debía haberse aceptado el traspaso en 10 de junio, porque tales actos defraudaban á los acreedores que entonces y ahora representa don Alberto Molfino y, por último, que el mismo demandante en 19 de mayo aceptó seguros por algunas de las propiedades vendidas á los señores Lacco y Grasso según se acreditará con las pólizas. Fundado en esas consideraciones, termina pidiendo que se deseche la demanda, con costas.

El síndico de la quiebra de Cárlos Buero é Hijo replicó sin aducir nuevos razonamientos y otro tanto hizo el demandado en el escrito de dúplica.

La causa fué recibida á prueba y las partes rindieron la que se registra en autos. Vencido el término el demandante alegó de bien probado, y después de exponer los antecedentes de la demanda y contestación, expresó que el hecho aseverado y confesado por los mismos demandados, de que la escritura de venta de 29 de abril venía á ser el perfeccionamiento de una venta hecha mucho tiempo antes, es la propia condenación de los mismos, porque lo que en realidad hay, es que Carlos Buero era deudor de algunas cantidades á los compradores, anticipadas mucho tiempo atrás, y cuando vió que los vendedores estaban en ruina, les exigió el pago con la compra de los únicos bienes que podían servir para el pago de sus acreedores; y por consiguiente, el contrato es nulo, porque no había una promesa de venta anterior á esa escritura; que de todas maneras ese contrato es nulo porque los vendedores estaban en cesación de pagos cuando efectuaron la venta y es prueba de ello, el que sesenta días después, los mismos compradores Lacco y Grasso garantizaron y afianzaron proposiciones de convenio á favor de los fallidos, porque ellos conocían el mal estado de sus negocios cuando contrataron y para garantirse simularon la venta de todos los bienes raíces del deudor; que el hecho es que Buero desde el 1º de abril hacía proposiciones de convenio con la fianza de Lacco y Grasso y los comerciantes de Valparaíso querían declararlo en quiebra antes del 1º de enero de 1904; que según las probanzas rendidas es evidente que Lacco y Grasso, íntimos amigos de Buero, tenían cabal conocimiento del mal estado de los negocios de éste porque desde el 13 de mayo hacían gestiones en Valparaíso cerca de la Unión Comercial y ofrecían pagar el 40% á plazo con la fianza de los compradores Lacco y Grasso, y es indudable que al ofrecer esos fiadores les había consul-

tado y buscado antes de esa fecha; que es preciso tener presente que solamente en 29 de abril de 1904 se venden propiedades raíces en pago de sumas que se remitían á Italia desde 1900 y que efectúan esta compra negociantes en trapos por valores tan considerables sin exigir documentos ó comprobantes; que también se debe tomar en consideración que el mismo Grasso compró en esa misma época á José Canessa, comerciante fallido y que se fugó, su única propiedad raiz, compra que después de haber querido Lacco firmar no lo hizo y se dejó sin efecto y también que en la quiebra figuran créditos vencidos antes del 29 de abril de 1904 y que Buero se fugó; que por lo tanto no tiene importancia la prueba testimonial en presencia de lo que consta de escrituras públicas y de la confesión de los demandados; que las declaraciones de los testigos de los demandados solamente dejan en claro que no oyeron ni supieron lo que era público en el comercio: que el estado de los negocios de Buero é Hijo eran deplorable á la fecha de la escritura de compraventa de 29 de abril, y eso lo sabían todos los comerciantes incluso los demandados, que formalizaron sus fianzas para las proposiciones de convenio el 24 de junio, fianzas ofrecidas por Buero en Valparaíso en el mes de mayo; que en el mismo día 29 de abril en que Buero ponía á salvo sus bienes inmuebles, á nombre de Lacco y Grasso, cedía á éste cincuenta acciones de la Compañía Cristóforo Colombo que valían $ 10.000, pero sin que en los libros del fallido aparezca referencia alguna de este negocio y lo dicho respecto al contrato de venta es aplicable á esta cesión en cuanto fué hecha en estado de cesación de pagos que conocía el cesionario, y que no tiene fundamento ni puede tomarse en cuenta el hecho de que en esa transferencia interviniese el Gerente de la Compañía don Alberto Molfino ni se opusiese á la cesión, porque los estatutos no le confieren facultad de oponerse ni de pronunciarse sobre la solvencia del cedente y que en consecuencia debe darse lugar en todas sus partes á la demanda.

Don Antonio Becerra, por los demandados, con las pólizas respondió al alegato y sostuvo: que las contradicciones que el demandante observa en la contestación á la demanda no existen, porque como lo ha sostenido, en la escritura de venta no se dice que el vendedor en el acto del otorgamiento recibiera todo el precio, sino que lo ha recibido á su entera satisfacción, y esto porque como lo aseveró, desde un año y medio antes Buero había recibido casi en su totalidad el precio, lo que ha acreditado con numerosa prueba testimonial y con los documentos respectivos; que se ha probado que cuando se celebró el contrato Buero é Hijo ni eran deudores ni estaban en cesación de pagos, porque la escritura fué el perfeccionamiento de la venta convenida desde tiempo atrás, y al otorgarla se declaró recibido el precio á satisfacción, porque el saldo se entregó en dinero efectivo; que reproduce las consideraciones hechas valer al contestar la demanda en cuanto á la circunstancias que se requieren para que sean rescindibles los contratos á que se refieren los artículos 1374 y 1376 del Código de Comercio y el demandante no ha probado que los vendedores estuviesen en cesación de pagos cuando se otorgó la escritura de compraventa y ménos que los compradores conociesen tal cesación de pagos, porque Lacco y Grasso se han ofrecido como fiadores para las proposiciones de convenio cincuenta días después de otorgada la escritura; que no es verdad que los compradores negocien solamente en trapos, porque son dueños de propiedades raíces, acciones de minas y de sociedades, etc., y Grasso ha acudido siempre con sus recursos y con su crédito á afianzar y á servir á sus paisanos desinteresadamente; que el mismo Grasso compró las acciones de la Cristóforo Colombo, no á Buero é Hijo sino á Carlos Buero dueño de ellas y por esa razón esa venta no figura en los libros de la Sociedad que había terminado en Diciembre de 1900 y que continuaba de hecho y Carlos Buero pasó los últimos años en Europa y consideraba que los negocios de su hijo marchaban bien, porque éste le ocultaba su situación, como se la ocultó á todos sus amigos y que por lo tanto y en vista de la prueba rendida no debe darse lugar á la demanda.

Se citó para sentencia y el Juzgado de Iquique, con fecha 28 de agosto de 1905, resolvió:

Considerando:

Que la escritura de compraventa de propiedades hecha por Cárlos Buero á los demandados Domingo Lacco y Carlos Grasso y á que se refiere la escritura de compraventa y la transferencia ó cesión de acciones de la Compañía Cristóforo Colombo que hizo el mismo Buero á Carlos Grasso, se llevaron á efecto el 29 de abril de 1904, esto es, más de cincuenta días antes que fuesen declarados en quiebra Cárlos Buero é Hijo, declaratoria que se hizo en 22 de junio del mismo año, según consta de la copia que se registra en autos;

Que la escritura de compraventa está inscrita con la misma fecha;

Que según consta del auto declaratorio de quiebra y del certificado, no se ha fijado el día de la cesación de pagos, en el juicio respectivo se dictó sentencia de grados y esta sentencia se encuentra ejecutoriada;

Que no habiéndose fijado el día de la cesación de pagos, se entiende según el artículo 1349 del Código de Comercio, que ha ocurrido en la misma fecha del auto declaratorio de la quiebra;

Que no se ha acreditado por el demandante que en el día 29 de abril de 1904 Carlos Buero é Hijo estuvieren en estado de cesación de pagos y que ese estado lo conociesen los compradores Domingo Lacco y Carlos Grasso;

Que á este respecto la prueba rendida por los demandados es mejor que la del demandante, y con relación á la compraventa de las propiedades raíces determinadas en la escritura, obra el antecedente de que con mucha anterioridad el vendedor Carlos Buero recibía parte del precio en Italia y por cuenta de los mismos compradores Domingo Lacco y Carlos Grasso según documentos;

Que las cartas son de fecha posterior al auto declaratorio de quiebra y por lo tanto ellas no importan un antecedente que acredite que Lacco y Grasso,—que afianzaban proposiciones de convenio de los fallidos,—eran conocedores en 29 de abril del estado de cesación de pagos del mal estado de los negocios de éstos; y

Que la prueba rendida por el demandante para acreditar que en enero de 1904 ya era del dominio público que Carlos Buero é Hijo estaban en cesación de pagos, no es concluyente sino vaga y en su generalidad de oídas, y en cambio los demandados con la prueba testimonial de que dejan constancia las sesiones de prueba y los certificados han comprobado que en abril Carlos Buero é Hijo efectuaban pagos, giraban y hacían depósitos y que la declaración de quiebra sorprendió á los comerciantes que declaran, por que consideraban que los negocios de Buero é Hijo marchaban bien atendido el crédito que tenían y el dominio de sus negocios;

Visto lo dispuesto en los artículos 1459 y 1698 del Código Civil y 151, 330, 331 y 374 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar la demanda, sin costas, porque ha habido motivos plausibles para litigar.—*Roberto Alonso.*

Apelada esta sentencia, la Corte respectiva resolvió:

Tacna, 11 de enero de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada de 28 de agosto del año pasado y teniendo presente:

1º Que en la escritura de compraventa de 29 de abril del año antepasado se dijo textualmente en la cláusula 3ª: "El precio de venta es la suma de $ 30,000, moneda corriente de Chile, que los compradores pagan por mitad de que se confiesa recibido el vendedor en este acto á su entera satisfacción";

2º Que, ateniéndose al contexto de esa cláusula, el precio se pagó y se recibió en el acto del otorgamiento de la escritura;

3º Que, contradiciendo lo anterior, los demandados en su contestación han sostenido que ese precio lo tenía ya recibido el vendedor casi en su totalidad con más de un año de anticipación como lo demostrarían los comprobantes del caso;

4º Que tales comprobantes fueron presentados originales en idioma italiano con su traducción, y en el primero aparece declarando don Carlos Buero, con fecha 28 de septiembre de 1900, haber recibido de don Sebastián Lacco en Rapallo, Italia, £ 1.000 (mil liras esterlinas dice el original) en varias fechas y por cuenta de don Domingo Lacco,

según carta orden; y en el segundo aparece también el mismo Buero con fecha 10 de julio de 1903, recibiendo de don José Costa Bertolotti £ 800 (liras esterlinas según el original) en varias letras por orden de don Carlos Grasso;

5º Que, presentados esos instrumentos privados, los impugnó la contraria;

6º Que, si bien los demandados rindieron prueba testimonial en el incidente sobre autenticidad de esos instrumentos, esa prueba de un testimonio respecto de cada uno de ellos no es bastante, tanto más si se considera que esos testigos son los que aparecen entregando á Buero las sumas de los indicados recibos; y por consiguiente, debe estimarse como no justificada dicha autenticidad.

7º Que de lo anteriormente expuesto resulta que la afirmación de la existencia de un convenio sobre pago del precio con anterioridad al otorgamiento de la venta no es verdad, desmentida como ha sido por los mismos demandados, no pudiendo tampoco admitirse como verdad según acaba de verse que ese pago se hubiera hecho en el modo y forma indicado por aquellos;

8º Que no sólo esta grave presunción hay contra la citada escritura;

9º Que, en efecto, según se ha comprobado con las declaraciones de los testigos del demandante prestadas en Valparaíso el 13 de mayo del año antepasado se recibieron de Buero é Hijo proposiciones de convenio, lo que indicaba una situación de negocios que no habría podido producirse solo en esa fecha sino con anterioridad á la de la escritura de que en este juicio se trata; situación que unida á la demás prueba testimonial y documental del mismo demandante da fundamento suficiente para considerar que antes de esa escritura ya estaba Buero é Hijo en estado de cesación de pago;

10. Que una escritura contra la cual obra la presunción contemplada en el considerando 7º y otorgado en el estado de negocios que acaba de indicarse no puede menos de ser mirada como una escritura simulada; y esto sin tomar en cuenta la circuntancia de que Lacco hubiere dado en el año 1901 una gruesa suma á cuenta de una venta que sólo vino á realizarse en abril de 1904; y sin tomar tampoco en cuenta el hecho de que los fiadores que el demandado ofrecía en sus gestiones sobre proposiciones de convenio vinieran á ser poco después los mismos demandados; y sin tomar finalmente en cuenta la contradición entre lo afirmado por los demandados sobre la especie de moneda en que se había hecho la entrega á que se refieren los recibos y lo que de estos mismos aparece;

11. Que, si bien el presente caso no es el contemplado en el artículo 1374 del Codigo de Comercio, tiene aplicación aquí lo dispuesto en el 1376 del mismo Código; pues en el contrato de que se viene tratando mediaron las circunstancias de haberse celebrado después de la cesación de pagos y conociendo los contratantes ese estado, según antes se ha demostrado;

12. Que, aunque el Juzgado no fijó la época de la cesación de pagos en el juicio respectivo ella ha podido ser determinada, según las probanzas rendidas para los efectos del presente juicio;

13. Que lo expuesto en los considerandos anteriores es aplicable á la venta de las acciones realizada también en abril de 1904;

14. Que, no se ha litigado sobre la especie y monto de los perjuicios y frutos; y

15. Que según se desprende del artículo 1340 del Código de Comercio no sería procedente en este juicio la condenación á la pérdida de todo interés que pudieran tener los demandados en la quiebra.

Por tanto, y de conformidad además con los artículos 1618, 1467 y 2468 del Código Civil y 196, 344, 428 y 431 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia indicada al principio y se declara que ha lugar á la demanda respecto de la nulidad y restitución en ella solicitadas.

Se deja a salvo á la parte demandante su acción sobre frutos y perjuicios para que la haga valer en juicio separado.

Se deja también á salvo todo derecho de la misma parte sobre el punto indicado en el considerando 15.

Acordada por los señores Ministros Quirell y Várgas Mardones y contra el voto del señor

Presidente Vega quien estuvo por confirmar la indicada sentencia.

Redactada por el señor Ministro Quirell.—*R. Vega.—M. A. Quirell.—M. Vargas Mardones.*

Contra esta sentencia, la parte demandada interpuso recurso de casación en la forma y en el fondo y, formalizando el primero, adujo las siguientes causales:

1ª La sentencia ha sido dada ultra petita, esto es, otorgando á los demandantes más de lo que han pedido ó extendiendo el fallo á punto no sometido á la decisión del Tribunal, causal de casación prevista en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

La demanda se funda exclusivamente en los artículos 1373 y 1374 del Código de Comercio, y con este fundamento legal se pidió que se declarase la nulidad de la venta de las propiedades y acciones á que se refiere la escritura de 29 de abril de 1904 por haberse efectuado dicho contrato después de la cesación de pagos de Carlos Buero é Hijo.

La sentencia recurrida dice textualmente en el considerando 11: "Que, si bien el presente caso no es el contemplado en el artículo 1374 del Código de Comercio, tiene aplicación aquí lo dispuesto en el 1376".

Esta parte considerativa que influye directamente en la dispositiva induce á un fallo sobre causal no pedida, no invocada ni probada en autos.

La ley 16, artículo 22, Partida 3ª, mandaba que la sentencia guardara conformidad con la demanda y tal disposición se armoniza con la del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, que preceptúa que las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse á puntos que no hayan sido expresamente sometidos á juicio.

2º En el juicio de quiebra se pronunció sentencia que quedó ejecutoriada, la cual se hizo valer por la parte recurrente, según aparece del certificado que corre en autos. Esa sentencia, alegada oportunamente y que pasó en autoridad de cosa juzgada deja definitivamente fijado el día de la quiebra como día de la cesación de pagos, según el artículo 1385 del Código de Comercio. La sentencia reclamada, en los considerandos 12 y 13 que sirven de base necesaria al fallo revocatorio, va contra la autoridad de cosa juzgada que reviste la sentencia principal del juicio de quiebra y está viciada con la causal 6ª establecida en el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Considerando:

1º Que la demanda se funda entre otras prescripciones en lo dispuesto en el artículo 1376 del Código de Comercio, que allí se transcribe íntegramente, por lo cual no es exacta la 1ª causal aducida; y

2º Que tampoco lo es la 2ª causal; porque no se alegó la cosa juzgada como excepción opuesta á la demanda, conforme á lo prescrito en el número 6º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil que exige que se haya alegado dicha excepción oportunamente en la causa.

Visto además lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código citado; se declara sin lugar con costas el presente recurso. Aplícase en favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia. — Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.*

Cas. en la forma.—17 de octubre de 1906

Cármen Cortés Alcazar

Prueba testimonial. — Facultad del Tribunal de Alzada. — Testamento verbal; su protocolización. — Contienda civil. — Acto no contencioso.

DOCTRINA:—*La recepción de la prueba testimonial que corresponde á los Tribunales de Alzada, en el caso del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, es solo facultativa; y de esta atribución pueden ó nó hacer uso cuando lo*

estimen necesario para la resolución del juicio. No es nula por lo tanto la sentencia que rechaza la prueba testimonial ofrecida en segunda instancia.

Las diligencias para protocolizar un testamento verbal, cuando no ha existido oposición de parte, no constituyen contienda civil sino un acto de jurisdicción no contenciosa.

———

Don Manuel, Toro A. residente en la ciudad de Limache dice:

El día 24 de julio de 1905 falleció en esta ciudad mi deudo la señora doña Cármen Cortés Alcázar, habiendo otorgado testamento verbal privilegiado en conformidad al artículo 1030 y siguientes del Código Civil y ante los testigos señores Julio de la Fuente, Ismael Veliz, Eladio Serei y Toribio Varas;

Las disposiciones testamentarias fueron las siguientes, después de haber manifestado su intención de testar ante los testigos nombrados. Instituyo por mi heredero universal á don I. Manuel Toro. Lego á los hijos de don Antonio de la Fuente y Cortés la suma de $ 70.000; á la señora Lamotte, $ 30.000; y á doña María Jullian v. de Ramírez otros $ 30.000. Nombro para mi albacea y ejecutor testamentario á don Camilo Glena;

Concluye pidiendo se tome las declaraciones de los testigos y se ordene la respectiva protocolización.

Los testigos fueron examinados y contra interrogados en la forma que se expresa en el acta y el Juzgado de Limache, con fecha 9 de abril de 1906 pronunció la siguiente sentencia:

Considerando:

Que el testamento verbal sólo tiene lugar en los casos de peligros tan inmenente de la vida del testador, que parezca no haber modo ó tiempo de otorgar testamento solemne;

Que según el dicho de los testigos el testamento fué otorgado de doce y media á una y minutos de la tarde del día de la defunción, la que ocurrió á las siete de la noche; que los cuatro testigos del testamento, don Ismael Veliz dice que la testadora estaba bien y hablaba como de costumbre, don Eladio Serei y don Toribio Varas que no manifestaba estar tan grave que pudiera morirse y solo don Julio de la Fuente sostiene que la señora á juzgar por su voz y por su aspecto hacía temer una muerte inmediata;

Que la señora Cortés falleció en esta ciudad, de modo que fácilmente pudo llevarse al notario y á un quinto testigo para otorgar testamento solemne.

Con estos fundamentos se declara que no ha lugar á lo pedido.—*Miguel Galdós.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones resolvió:

Valparaíso, 6 de julio de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo presente:

1º Que con la información rendida y con el certificado de defunción se han acreditado los hechos siguientes: que se creyó que la vida de doña Cármen Cortés Alcázar se hallaba en inminente peligro, porque momentos antes de otorgar testamento le había dado un ataque; que tenía 91 años de edad, según la partida de bautismo acompañada; y que murió de vejez seis horas más ó menos después de haber testado.

2º Que los antecedentes expuestos en el considerando anterior bastan para dar por establecido que la vida de la expresada señora Cortés Alcazar estaba en peligro inminente;

3º Que los testigos instrumentales han afirmado que la testadora parecía estar en su sano juicio, que manifestó la intención de testar ante ellos y que otorgó el 24 de julio de 1905 las disposiciones testamentarias á que en sus respectivas declaraciones se refieren;

4º Que se han observado todas las solemnidades prescritas por los artículos 1037 y 1038 del Código Civil y en la información aparece claramente la última voluntad de la testadora.

Con arreglo también á lo dispuesto en los artículos 1033, 1034, 1035 y 1036 del mismo Código, se revoca la sentencia apelada de 9

de abril último, y se declara que ha lugar á lo pedido por don J. Manuel Toro A.

En consecuencia, se falla que doña Cármen Cortés Alcazar ha hecho las disposiciones siguientes: 1º Que instituye heredero único de sus bienes á don J. Manuel Toro A. 2º Que lega $ 70.000 á los hijos de don Antonio de la Fuente, $ 30.000 á doña María Julián viuda de Ramírez y $ 30.000 á doña Julia Lamotte; y 3º que designa de albacea á don Camilo Glena.

Ténganse estas disposiciones como testamento de la difunta doña Cármen Cortés Alcazar y protocolícese como tal el presente decreto.

Acordada después de desechada la indicación formulada por el señor Ministro Alamos González para que en conformidad al artículo 1037, 1º del Código Civil, se adelante la información entre las otras personas que fuesen sabedoras de los hechos y cuyo testimonio pareciese conducente á esclarecer el peligro inminente que hubo para no hacer testamento solemne.

Y acordado también contra el voto del mismo señor Ministro, quien estuvo por confirmar la sentencia apelada, fundado en las consideraciones expuestas en el voto especial que deja en el libro respectivo.

Redactada por el señor Ministro Pineda.—*Braulio Moreno.—Pedro N. Pineda.—B. Alamos González.*

Contra esta sentencia el procurador de doña Constanza Cortés de Osma y de los menores Cortés Brown, quienes entre otras personas, habían comparecido como interesados en esas diligencias, interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo y formalizando el primero sostiene que aquella adolece del vicio indicado en el número 9º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil por no haberse admitido la prueba ofrecida por parte del recurrente, desechándose la proposición de uno de los Ministros del Tribunal para que se la recibiera.

El juzgado de primera instancia dictó una resolución antes de que se despacharan las rogatorias solicitadas para rendir la prueba admitida; y á la Corte que estimó de distinto modo la declaración de los testigos instrumentales, le correspondía imprescindiblemente recibir esa prueba, usando de la facultad que le acuerda el artículo 230 del dicho Código; y no habiéndolo hecho se ha omitido el trámite esencial prescrito en el número 7º del artículo 970, omisión que produce la nulidad de la sentencia por la causal del número 9º del citado artículo 941.

La Corte:

Considerando:

1º Que la recepción de la prueba testimonial que corresponde á los Tribunales de Alzada, en el caso del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil es sólo facultativa; y de esta atribución pueden ó nó hacer uso cuando lo estimen necesario para la resolución del juicio; y

2º Que en el caso de que se trata no ha existido oposición de parte y, por lo mismo, no es contienda civil sino un acto de jurisdicción no contenciosa, en que los recurrentes han sido oídos como interesados en las referidas diligencias; visto además lo dispuesto en los artículos 940 y 960 del mismo Código, se declara sin lugar, con costas, el presente recurso.

Aplícase en favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gallardo.—*Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre.—J. Bernales.*

———

Cas. Civ.—20 de octubre 1906

Squella con Ortiz

Improcedencia por defecto en la formalización. — Formalización.—Plazo.—Consignación.—Multa.

DOCTRINA:—*Es improcedente el recurso de casación en el fondo formalizado después del plazo que concede la ley. La*

cuarta parte de la suma consignada debe aplicarse á beneficio fiscal si la parte que ha anunciado el recurso no lo formaliza en el término legal.

La Sociedad Comercial Darmendrail y Harismendy Hermanos, como adquirente de los derechos de don Miguel Squella, se opuso á la inscripción de unos contratos de compraventa que pretendió efectuar don Andrés Ortiz.

Con este motivo se trabó el juicio que terminó por sentencia que dió lugar á la oposición formulada por la Sociedad demandante. Apelada esta sentencia, fué confirmada por la Corte de Concepción, con fecha 5 de julio de 1905.

Contra este último fallo interpuso Ortiz los recursos de casación en la forma y en el fondo.

El primero de estos recursos fué desechado por sentencia de la Excma. Corte Suprema de fecha 20 de octubre de 1905 (1) y conociendo del segundo,

La Corte:

Vistos: habiéndose formalizado fuera de término el recurso de casación en el fondo; visto lo dispuesto en los artículos 946 y 960 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisible dicho recurso, con costas.

Aplícase en favor del Fisco la cantidad de $ 37.50, cuarta parte de la suma consignada para este recurso.

Acordado contra el voto del señor Ministro Palma Guzmán en lo referente á la multa, que fué de opinión que se aplicase íntegramente á beneficio fiscal la consignación hecha, conforme á lo dispuesto en la parte final del inciso 2º del artículo 979 del Código de Procedimiento Civil.

J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo. — Gabriel Gaete.—V. Aguirre Várgas. — Carlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.

---

(1) Esta sentencia, como también las de 1.ª y 2.ª instancia de esta causa han sido publicadas en esta Revista, Año III, Segunda Parte. Sección Primera, pág. 172.

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. Civ.—3 de noviembre de 1906

Recolección Franciscana con Barros y Pacheco

Dominio. — Modos de adquirirlo. — Tradición. — Sucesión por causa de muerte.—Transmisión del dominio. — Legado de inmueble; legatario.— Albacea. — Tercería de dominio.— Inscripción.—Prescripción.—Causales nuevas de casación. — Cuestión no discutida.

DOCTRINA:—*La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio y se puede suceder á una persona ya á título unviersal, como heredero, ya á título singular como legatario, sin que sea necesario para la adquisición del dominio en uno ú otro carácter que además se haga tradición de las cosas heredadas ó legadas; puesto que respecto de unos mismos bienes no pueden concurrir diversos mo dos de adquirir su do minio.*

La herencia ó legado se defiere por ministerio de la ley, según el artículo 688 del Código Civil, en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el llamamiento no es condicional, y por el sólo hecho de la muerte se trans. mite al heredero ó legatario la posesión y dominio que en los bienes hereditarios correspondía al antecesor.

La persona instituida en testamento como legataria de un inmueble adquiere el dominio de él por el hecho de la muerte de la testadora y esta adquisición no queda sin efecto por la enajenación que posteriormente haga de ese inmueble á un tercero la albacea de la testadora, aunque esa enajenación se inscriba, siempre que no haya transcurrido el tiempo necesario para que prescriba el derecho del legatario.

Procede, en consecuencia la tercería de dominio interpuesta por el legatario, en la ejecución seguida por un acreedor hipotecario contra el tercero á quien la albacea donó el inmueble, pues ese tercero no adquirió el dominio por la tradición que le hizo la albacea ni por prescripción por no haber transcurrido en este caso el tiempo necesario.

La alegación hecha en estrados por el abogado de la parte recurrente, que se refiere á una cuestión no discutida en el juicio y sobre la cual no recayó resolución alguna en las sentencias dictadas por los jueces de la causa, no puede ser tomada en consideración al pronunciarse la sentencia de casación.

———

Doña Tránsito Araya en testamento otorgado en Santiago en 5 de enero de 1880, dispuso por la cláusula segunda lo siguiente: "ordeno que la casa que habito en la calle de Cequión de esta ciudad pase á la Recolección Franciscana para que haga con su producto anual la novena y fiesta del Corazón de Jesús, y las misas del novenario se aplicarán por mi alma perpetuamente."

Por la cláusula séptima nombró albacea tenedora de bienes á doña Carlota Aldunate y, en su defecto, á don Francisco de Borja Solar, previniendo que todo lo que se practique en su testamentaría sea con consulta del Reverendo Padre fray Francisco Pacheco.

El 26 de enero de 1884 doña Carlota Aldunate, en su carácter de albacea y con aprobación de fray Francisco Pacheco, donó á don Francisco de Paula Pacheco, por escritura pública extendida en esa fecha, la casa y sitio ubicados en la calle del Cequión, siendo condición de esta donación que el donatario entregara anualmente al Convento de la Recoleta Franciscana y en los primeros días del mes de junio de cada año, la suma de $ 61 que debían invertirse en las fiestas del Sagrado Corazón de Jesús y $ 9 más por las nueve misas que se digan en la novena aplicadas por el bien del alma de doña Tránsito Araya, en cumplimiento de la cláusula segunda de su testamento otorgado el 5 de enero de 1880.

Esta escritura fué inscrita en el Registro del Conservador de Bienes Raíces el 27 de agosto de 1894.

Según la escritura pública de 11 de mayo de 1902, don Francisco de Paula Pacheco se constituyó deudor de don Agustín Barros por la suma de $ 1.000 de 18 peniques, hipotecando en garantía de la deuda un sitio y casa ubicados en la calle de Andrés Bello número 512 de la ciudad de Santiago, ó sea la misma propiedad á que se refiere la expresada escritura de donación y el testamento de doña Tránsito Araya.

En junio de 1904 el acreedor don Agustín Barros se presentó al tercer Juzgado Civil de Santiago cobrando ejecutivamente el crédito que á su favor había contraído don Francisco de Paula Pacheco, y trabado el embargo en la finca hipotecada, la Recolección Franciscana interpuso tercería de dominio, fundada en que le pertenece la casa embargada, por haberle sido legada por doña Tránsito Araya; y pidió se declarase que debía serle entregada con sus frutos libre de la hipoteca constituida por Pacheco.

El ejecutante y el ejecutado se opusieron á la tercería, sosteniendo que el dominio de la referida propiedad corresponde al ejecutado á virtud del título inscripto de donación y alegándose, además, por el ejecutado que de los documentos agregados á los autos consta que tiene posesión regular y continuada y no interrumpida, por más de veinte años con justo título y buena fe, posesión que emana de título inscrito.

Recibida la causa á prueba no se rindió ninguna por las partes. Se alegó por las partes, rechazando el tercerista la excepción de prescripción, por no alegarse en forma por carecer el deudor de posesión regular y del tiempo necesario para invocarla, según consta de autos.

Se oyó al defensor de obras pías y el juzgado, con fecha 27 de octubre de 1904, resolvió:

Considerando:

1º Que doña María del Tránsito Araya en la cláusula segunda del testamento que corre en el cuaderno ejecutivo dispuso que la casa de la calle del Cequión pasara á la Recoleta Franciscana para que con el producto se atendiera anualmente á la novena y fiesta del Corazón de Jesús, y que sin duda la casa á que se refiere la testadora es la misma que adquirió en remate, según la escritura del mismo cuaderno;

2º Que el dominio se adquiere por la sucesión por causa de muerte; y por la citada disposición testamentaria, se asignó la casa á la Recoleta Franciscana para que la tuviera por suya, imponiéndole la obligación de atender con el producto á un fin especial indicado en el testamento, siendo, en consecuencia, una asignación singular con el carácter de modal que ha trasmitido al legatario á título de dueño la cosa asignada;

3º Que los albaceas carecen de facultades para transferir á ningún título los bienes del testador y cuanto acto de transferencia ejecuten contrariando la voluntad del testador es nulo y de ningún valor;

4º Que aún cuando don Francisco Pacheco haya inscrito á su nombre en el Conservador de Bienes Raíces la escritura de donación, tal inscripción no es un título de dominio que valide la nulidad de la escritura de donación ya recordada, pues, como se ha dicho, la señora Aldunate, en su carácter de albacea, carecía de facultad para hacer transferencia de una propiedad de que ya había dispuesto la testadora válida y legalmente;

5º Que no es aceptable la excepción de prescripción opuesta por el ejecutante, porque carece el ejecutado de posesión regular y tiempo bastante, hecho que se comprueba con la fecha de la inscripción y la de la tercería;

Por estos fundamentos, lo dictaminado por el señor Defensor de Obras Pías y lo que disponen los artículos 588, 674, 682, 954, 956, 1089, 1104, 1298, 1386, 1698 y 2507 del Código Civil, 151, 331 y 539 del de Procedimiento Civil, se declara: 1º que no ha lugar á la prescripción; y 2º que ha lugar á la tercería de dominio, con costas.—*José T. Marín*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, mayo 10 de 1905.—Vistos: Teniendo además presente lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 2434 del Códivo Civil, se confirma con costas del recurso la sentencia apelada de 27 de octubre último.—*J. Bernales.—A. Vergara A.—Luis Barriga.*

En contra de esta sentencia dedujo en tiempo y forma don Agustín Barros el recurso de casación en el fondo.

Formalizándolo expone: que la sentencia de primera instancia, como la de segunda que la confirma, han sido pronunciadas con infracciones de ley que han influido sustancialmente en lo dispositivo de ellas.

Según el inciso 1º del artículo 539 del Código de Procedimiento Civil sólo es admisible la tercería cuando se pretende el dominio de los bienes embargados.

El artículo 686 del Código Civil dispone que la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en el Registro del Conservador; los artículos 52 y 78 del Reglamento respectivo, que deben inscribirse los títulos translaticios del dominio; y el artículo 724 del mismo Código, que la posesión de una cosa cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, sólo puede adquirirse por este medio.

Consta de autos que la casa hipotecada se transfirió á Pacheco hace más de veinte años y está inscrita más de diez.

Aun cuando la sucesión por causa de muerte es un medio de adquirir el dominio y en conformidad al artículo 956 del Código Civil, la herencia se defiere desde la muerte del testador y se adquiere desde el momento en que es deferida, el 688 establece que esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no se inscriba el decreto judicial que da la posesión real y efectiva.

No es la posesión legal sino el dominio, lo que habilita para disponer de un inmueble, porque la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa sólo por la inscripción y nadie puede adquirir su posesión sino por este medio.

El heredero que no tiene la posesión efectiva ni la herencia inscrita no tiene el dominio y no puede gozar y disponer libremente de la herencia ni del bien raíz; y si por cualquier medio se le quita la cosa, como ha sucedido con la casa hipotecada, pierde la posesión, deja de ser dueño y señor y para que cese la posesión inscrita es necesario que se cancele.

La acción interpuesta por la Recolección Franciscana, como dueño de la casa hipotecada, para que se le entregue no procede en juicio de tercería de dominio.

Si es acción posesoria, no puede darse lugar á la demanda, porque no hay tercería de posesión, y porque el tercerista no está ni ha estado nunca en posesión de la casa hipotecada por Pacheco, ni es dueño y señor de una propiedad inscrita á nombre del ejecutado.

Si la acción entablada es la reivindicatoria, que es de lato conocimiento, no procede en juicio de tercería que se dirige sólo contra el actual poseedor, no la puede ejercitar el tercerista porque no tiene por la ley ni la propiedad plena ni la mera ó nuda propiedad, pues ha dejado de poseer la cosa, y para que cese la posesión inscrita, como la que tiene Pacheco, es necesario previamente cancelarla.

Si es la acción de dominio pleno, tampoco puede ejercitarla porque no se puede por nuestras leyes tener el dominio pleno de una cosa sino por la inscripción del título en el Registro Conservador.

Al dar lugar las sentencias recurridas á que se entregue á la Recolección Franciscana la casa embargada, libre de hipoteca con más los frutos, se ha resuelto una acción posesoria á favor del que no es dueño, en contravención al procedimiento de la querella de restitución, violándose los artículos 193, número 6º, 539, inciso 1º, 716 y 717 del Código de Procedimiento Civil, infracciones que dan además lugar á la casación en la forma, recurso que no se ha creído necesario deducir, porque el artículo 949 del mismo Código faculta el Tribunal Superior para invalidar de oficio las sentencias en que aparecen de manifiesto causales de casación en la forma.

El tercerista, que no ha reclamado en más de veinte años sus derechos hereditarios, actualmente prescritos, según los artículos 2514, 2515, 2507 y 2508 del Código Civil, se ha constituida en mora, y se entiende que ha repudiado el legado, conforme al artículo 1233 del mismo Código.

La Recolección Franciscana y las sentencias recurridas, dice, consideran donación la escritura; y como consecuencia establecen á virtud de lo dispuesto en los artículos 1298 y 1386 del Código Civil, que el albacea no puede donar, siendo que donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita é irrevocablemente una parte de sus bienes á otra persona; y siendo que el albacea, que está facultado para ejecutar las disposiciones testamentarias, ha obrado dentro de los límites de su mandato cumpliendo fielmente la cláusula segunda del testamento de doña Tránsito Araya al sacar de la casa el producto anual que se lega á la Recolección Franciscana para que haga una novena y se apliquen misas por el alma de la testadora.

Además, lo que una persona ejecuta á nombre de otra, estando facultada por ella ó por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado con él mismo; y la Recolección Franciscana que ha recibido del enajenador el precio que se ha dado por la casa, confirma por el mismo hecho la enajenación.

La escritura, aunque se diga que es donación, no lo es, porque la donación supone liberalidad.

Según los artículos 1438, 1439 y 1440 de Código Civil, es un contrato oneroso bilateral, en que cada uno de los contratantes se grava en beneficio de otro; y es una compraventa, porque una de las partes da una cosa que no vale $ 1.000 á la otra, que la paga en dinero por anualidades de $ 70 mientras viva; lo que constituye también, conforme á los artículos 1564, 2022, 2274 y 3278, un contrato de renta vitalicia con autorización tácita del legatario.

En conclusión, agrega, la acción entablada por el tercerista no es la real de dominio sino un interdicto posesorio, disfrazado de acción reivindicatoria, sin tener la propiedad plena ó nuda de la cosa.

Por otra parte, don Francisco Pacheco tie

ne títulos inscritos, está en posesión real de la casa hipotecada más de veinte años, sin tener prohibición de enajenar ni gravar y mientras no se cancelen esas inscripciones, es el único que tiene el dominio pleno de ella; y el ejecutante, que ha inscrito su hipoteca, tiene derecho para perseguir la finca hipotecada sea quien fuere el dueño y cualquiera el título con que la haya adquirido.

En consecuencia, concluye el recurrente, la sentencia de primera instancia y la de segunda, que la confirma, ha infringido los artículos 539, inciso 1º, 193, 716, y 717 del Código de Procedimiento Civil, 582, 686, 765, 688, 700, 722, 724, 726, 728, 888, 893, 895, 916, 956, 551, 674, 682, 898, inciso 2º, 1089, 1233, 1270, 1292, 1298, 1386, 1438, 1439, 1440, 1448, 1564, 1695, 1698, 1793, 2131, 2220, 2274, 2278, 2434, 2507, 2508, 2514, 2515, y 1683 del Código Civil; 52 y 78 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y ley de 17 de enero de 1897.

Al fundarse el recurso, se reproducen las consideraciones del escrito en que se formalizó; y se agrega que se han violado, además de las disposiciones legales mencionadas, los artículos 10, 1466, 1683 y 1688 del Código Civil; porque si el contrato á que se refiere la escritura, fuese nulo el ejecutado tampoco tendría dominio, pues un acto nulo no es manera de adquirir el dominio porque no hay tercería de nulidad; y porque ésta debió pronunciarse de oficio.

Oído uno de los Ministros del Tribunal,

La Corte:

Considerando:

1º Que en conformidad al artículo 539 del Código de Procedimiento Civil, es admisible la tercería en juicio ejecutivo cuando el reclamante pretende dominio sobre los bienes embargados;

2º Que la Recolección Franciscana alega en el presente juicio ejecutivo dominio sobre la casa que don Agustín Barros embargó para hacerse pago de la deuda contraída á su favor por don Francisco Pacheco con hipoteca de esa propiedad; y lo funda en que, á virtud de testamento otorgado por doña Tránsito Araya el 5 de enero de 1880, ha adquirido dicha casa como legatario; y en que esta adquisición no ha quedado sin efecto por la enajenación que de ella hizo doña Carlota Aldunate en su calidad de albacea de la testadora;

3º Que la sucesión por causa de muerte es, según el artículo 588 del Código Civil, uno de los modos de adquirir el dominio; y que se puede suceder á una persona ya á título universal, como heredero, ya á título singular como legatario, sin que sea necesario para la adquisición del dominio en uno ú otro carácter que además se haga tradicción de las cosas heredadas ó legadas; puesto que respecto de unos mismos bienes no pueden concurrir diversos modos de adquirir su dominio;

4º Que la herencia ó legado se defiere por ministerio de la ley, según el artículo 688 del mismo Código, en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el llamamiento no es condicional, y de este modo por el solo hecho de la muerte se trasmite al heredero ó legatario la posesión y dominio que en los bienes hereditarios correspondía al antecesor;

5º Que si bien es cierto que conforme al citado artículo 688 esa posesión legal no habilita al heredero para disponer de los inmuebles mientras no se obtenga la posesión efectiva de la herencia y se practique su inscripción en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, en este caso no pretende el legatario disponer como heredero de esos bienes, sino recuperar los inmuebles hereditarios que le fueron legados y de que se ha dispuesto sin su consentimiento;

6º Que, en consecuencia, el ejecutado no ha adquirido el dominio de la casa embargada por la tradición que de ella le hizo la albacea doña Carlota Aldunate á virtud de la inscripción del título de donación otorgada á su favor; á lo que se agrega que tal dominio tampoco ha podido adquirirlo dicho ejecutado por medio de la prescripción, por no haber transcurrido el tiempo necesario para que el derecho del legatario se hubiere extinguido, por cuanto á la fecha en que se interpuso la tercería, 28 de julio de 1904, no

había alcanzado á completarse siquiera el plazo de diez años contados desde el 27 de agosto de 1894, fecha en que por inscripción del título se verificó su tradición al donatario;

7º Que la sentencia reclamada al aceptar la tercería interpuesta por la Recolección Franciscana, reconociendo el dominio del legatario y rechazando la excepción de prescrcpióin opuesta por el ejecutante, ha sido pronunciada en conformidad á las disposiciones legales indicadas en los considerandos anteriores; y de consiguiente, no ha incurrido en las infracciones de lei en que el recurrente se funda;

8º Que no aparece de autos que en el pronunciamiento de la sentencia reclamada se haya incurrido en alguno de los vicios que dan lugar á la casación en la forma y que autorizara al Tribunal, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil, para invalidarla de oficio; y

9º Que en este juicio no se ha alegado la incapacidad de la Recolección Franciscana para adquirir bienes, ni las partes han discutido este punto ni ha recaído acerca de él resolución alguna en las sentencias dictadas por los jueces de la causa, y no podría de consiguiente, ser tomada en consideración al pronunciarse la sentencia de casación, la alegación que á este respecto se hizo por el recurrente en los estrados del Tribunal, sin perjuicio de los derechos que en debida forma corresponda ejercitar á los interesados.

Visto lo dispuesto en los artículos 940, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha, con costas, el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de 10 de mayo de 1905.

Se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Varas—*Leoncio Rodríguez.—Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre Vargas.—Carlos Varas.—E. Fóster Recabarren.—J. Alejo Fernández.*

———

Casi en la forma.—Santiago, 12 de marzo de 1906.

Frederick con Ilufi

Improcedencia.—Formalización; plazo.

DOCTRINA: — *Si se anuncia conjuntamente los recursos de casación en la forma y en el fondo, debe éste formalizarse siempre dentro del plazo de cinco días.*

Vistos: En la causa seguida por don Dámaso Ilufi, declarado pobre, contra don Eduardo Fréderick, sobre reivindicación de muebles é indemnización de perjuicios, el demandante Ilufi ha deducido respecto de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso los recursos de casación en la forma y en el fondo, en virtud de los capítulos que se expresan en el escrito.

Traídos los autos en relación sobre el recurso de forma y teniendo presente:

1º Que ambos recursos fueron anunciados el 21 de setiembre de 1905 y formalizados el 28 del mismo mes y año, según se manifiesta por los sellos de la secretaría respectiva puestos en los escritos; y

2º Que el recurso de forma ha sido interpuesto fuera de término; visto lo dispuesto en el artículo 943 del Código de Procedimiento Civil, se declara improcedente el expresado recurso.

Redactada por el señor Ministro Vergara Albano. — *Leoncio Rodríguez. — Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—A. Vergara Albano.*

———

Cas. Civ.—31 de diciembre de 1006

Crokett con Bannen

Arenas auríferas; su denunciabilidad.—Mensura de pertenencias; preferencia. — Litis-contestación. — Expresión de agravios; peticiones nuevas.—Cuestiones no discutidas.—Influencia de la infracción en lo dispositivo del fallo.

DOCTRINA:—*Las arenas auríferas y de*

más sustancias minerales de los ríos y placeres son denunciables y de libre adquisición, aunque el terreno en que se encuentren no sea erial y sea de dominio particular, debiendo en este caso formarse las pertenencias mineras con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal.

Habiendo reconocido plenamente el demandado el derecho del demandante á mensurar ciertas pertenencias auríferas, limitándose á sostener que tenía derecho preferente á la mensura, quedó trabada la litis entre las partes únicamente sobre la preferencia para mensurar dichas pertenencias y la manera como el demandado debía mensurar las suyas, y sobre estos puntos recayó exclusivamente el fallo de primera instancia.

En consecuencia, la petición formulada por primera vez en el juicio en el escrito de expresión de agravios, áfin de que se declare que el demandante no tiene derecho alguno á las pertenencias de que se trata, no puede ser objeto del fallo definitivo.

Las consideraciones jurídicas que consigna el Tribunal de Alzada en su sentencia, referentes á esa petición, no guardan, por tanto, congruencia con las peticiones de la demanda y contestación ni con la cuestión que fué materia de la sentencia de primera instancia y aun en el supuesto de que en ellas se hubiera incurrido en algún error legal, tal error no ha podido tener influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que este se basó además en otras consideraciones y en las de la sentencia de primera intancia que tenían relación directa con la cuestión debatida en el juicio.

No existiendo en la sentencia recurrida ninguna infracción legal que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, es improcedente el recurso de casación en el fondo deducido.

En 6 de julio de 1903 don Juan Crokett, por sí y á nombre de las demás personas que figuran en la manifestación y ratificación de pertenencias auríferas á que se refieren los certificados, presentó al Juzgado de Nueva Imperial demanda pidiendo que se procediera á la demarcación y mensura de quince de las expresadas pertenencias, que correspondían á los solicitantes como descubridores de terrenos auríferos en el fundo de don Constantino Bannen, ubicado en el segundo distrito de Carahue, primera subdelegación del departamento de Nueva Imperial.

Expresaba el peticionario que habiéndose llenado por su parte y la de sus compañeros todas las formalidades y requisitos exijidos por la ley relativos á la manifestación y ratificación de las pertenencias auríferas de que se trata y pagada la patente respectiva, había llegado el caso de proceder á la demarcación y mensura de los terrenos denunciados, citándose al efecto á don Constantino Bannen como único propietario colindante, por haber éste hecho con anterioridad la manifestación del mineral denominado "Esmeralda".

Agregaba el solicitante Crokett que al procederse á la demarcación y mensura debía tener preferencia don Constantino Bannen por la razón ya indicada, de haber hecho con prioridad la manifestación de su mineral "Esmeralda"; que en lo concerniente á la pertenencia de Bannen debía mensurarse un rectángulo con 500 metros de largo por 100 de ancho y no de 500 metros de largo por 200 como lo pretendía Bannen, ya que la pertenencia de éste no podía tener más de 50.000 metros cuadrados de superficie según lo ordenado por la ley.

Que nombraba, por su parte, perito á don Caupolicán Mardones para que asistiera á la operación de mensura y demarcación, debiendo notificarse á don Constantino Bannen para que indicara ingeuiero que procedie-

ra á la mensura de sus pertenencias, bajo apercibimiento de procederse á dicha operación por el injeniero don Teodoro Smith.

En el primer otrosí de la solicitud que acaba de extractarse pedía don Juan Crokett que con el objeto de apreciar y satisfacer los perjuicios que se infirieran al señor Bannen dentro del terreno que ocupara Crokett con sus pertenencias y de conformidad á los artículos 6º, 7º y 8º del Código de Minería, se ordenase el nombramiento de peritos por cada parte que tasaran dichos perjuicios, bajo apercibimiento de procederse en rebeldía del que no hiciese la designación solicitada.

Decretada la citación de Bannen, éste, evacuándola como minero colindante por el interés de las pertenencias del mineral "Esmeralda" y en conformidad al artículo 42 del Código de Minería, dice: tiene razón el señor Crokett para concederme la preferencia en la mensura de las estacas de ese mineral; pero se ha olvidado de que yo también manifesté el 15 de febrero de 1901 el mineral "Ercilla" con las tres pertenencias de 5 hectáreas cada una, y el mineral "Imperial" de la misma extensión, á que se refieren los pedimentos y ratificaciones que acompaño.

No acepto la forma en que Crokett pide se mensuren mis pertenencias del mineral "Esmeralda", y en el acto de la mensura indicaré la forma en que deben ser medidas, tanto las de "Esmeralda" como las de "Ercilla" é "Imperial."

Concluye la solicitud de Bannen pidiendo al juzgado se declare:

1º Que don Juan Crokett no puede mensurar las minas á que se refiere en su presentación de 6 de junio, sino después de mensurarse las tres pertenencias con 15 hectáreas cada una de los minerales "Ercilla" y "La Imperial".

2º Ordenar la mensura de estas nuevas pertenencias de su propiedad á virtud del derecho que le concede el inciso 2º del artículo 41 del Código de Minería;

3º Declarar sin lugar lo pedido por don Juan Crokett en orden á la forma en que deben mensurarse las pertenencias del solicitante, disponiéndose que la mensura debe hacerse como el solicitante lo indicare al efectuarse la operación, conforme á lo prescrito en el artículo 52 del Código de Minería;

4º Disponer que don Juan Crokett no pueda mensurar á continuación de las pertenencias del solicitante sino aquellas manifestadas por Crokett ó por personas de quienes presente poder ó cesión en forma;

5º Tener presente que mantengo las indicaciones hechas en la manifestación de las tres pertenencias de "La Imperial", pues en las ratificaciones dije equivocadamente que la latitud debe medirse al Este y no al Oeste como dice la manifestación y como lo pediré en el acto de la mensura.

El escrito que acaba de mencionarse fué proveído del siguiente modo:

"Nueva Imperial, 22 de junio de 1903.—En lo principal, vengan las partes á comparendo para el 26 del presente á las 3 P. M. que tendrá lugar con la parte que asista; en el otrosí téngase presente, y con arreglo al artículo 31 del Código de Procedimiento Civil, enmiéndese la suma."

En la misma fecha de la providencia indicada presentó don Constantino Bannen un escrito, reclamando de la tramitación que el Juez había dado á la petición contenida en el primer otrosí de la demanda de Crokett, relativa á la forma en que debían avaluarse los perjuicios que la explotación de las pertenencias manifestadas por dicho Crokett causara en el fundo de Bannen, pues en concepto de este último, debía aplicarse en este caso el procedimiento sumario que establece el Código de Procedimiento Civil, como lo ordena el artículo 919 de dicho Código.

En el cuerpo de ese escrito se leen las siguientes expresiones:

"Por mi parte observo desde luego que no estoy dispuesto á tolerar que se establezcan en mi fundo trabajos de lavaderos que destruyan la tierra en una parte y que la arrastren á otros lugares.

"La ley habla de ocupación de terrenos para trabajar minas y no ha contemplado el caso de trabajos hidráulicos que destruyan la tierra y las montañas é inutilicen las corrientes de agua.

"Si el señor Crokett quiere hacer trabajos subterráneos de arte minero, sin obstruir el

terreno superficial, está bien; pero si quiere trastornarme el fundo lavando tierras con máquinas pistones, me opongo á ello.

»En todo caso, será menester que el actor explique lo que va hacer y presente plano de sus instalaciones».

Por tanto, á US. suplico se digne revocar por contrario imperio la providencia recaída en el otrosí del escrito de mi referencia y tramitar dicho otrosí con arreglo á la ley.

A este escrito se proveyó:

»Como se pide», reiterando el Juez al mismo tiempo la citación á comparendo para el día que antes había ya señalado.

En el mismo día ya indicado, 22 de junio de 1903, el demandado don Constantino Bannen presentó un nuevo escrito acompañado de la manifestación y mensura de su pertenencia minera »Caupolicán», á fin de que se ordenara por el Juzgado la demarcación y mensura preferente de dicha pertenencia á continuación de los yacimientos »Esmeralda», »Ercilla» y »La Imperial», y debiendo rectificarse un error en que incurrió al hacer la manifestación del yacimiento »Caupolicán», del modo que indica en ese escrito.

Todavía Bannen presentó el mismo día en que debía tener lugar el comparendo, un escrito exhibiedo un croquis »de las pertenencias cuya mensura preferente solicito», según sus propias expresiones, con el fin de rectificar los errores de medida en que se había incurrido en la ratificación de aquéllas.

»Otro fin que me induce á acompañar este croquis, agrega Bannen, es el de solicitar de V. S. se digne compararlo con el presentado por el señor Crokett, y de este modo pueda V. S. convencerse que mi contendor pretende correrse hacia el Poniente pasando sobre mis pertenencias, »Covadonga» y »Esmeralda» y cubriendo mis otras pertenencias, todas ellas registradas y manifestadas con mucha anterioridad á las de él.

»No está de más decir que el propósito que se persigue es absolutamente ilegal, como lo dispone el Código de Minería.

»Por fin, dígnese V. S. tener presente que por este escrito hago la declaración de que la mensura preferente por mí solicitada se hará dentro de este croquis en forma legal.»

En el comparendo á que habían sido citadas las partes, don Constantino Bannen se concretó á solicitar que se tuvieran como reproducidas las peticiones y consideraciones que había hecho valer en sus escritos.

Don Juan Crokett, por su parte, hizo varias observaciones relativas al número de pertenencias que Bannen tenía derecho á mensurar y á la forma en que debía procederse á esa operación.

Negó el derecho que á aquel asistiera para enmendar los errores en que hubiera incurrido al hacer la ratificación de sus pertenencias y manifestó el sistema de explotación que se proponía implantar en sus pertenencias, que era el de pistones.

Don Constantino Bannen expuso, contestando las observaciones de Crokett, que no las estimaba conducentes, porque las disposiciones legales que citaba eran aplicables á las minas propiamente dichas y no á los lavaderos, que se regían por el reglamento de 5 de julio de 1895 citado por el mismo Crokett.

Recibida la causa á prueba, se fijó, entre otros, el siguiente punto sobre que debía recaer:

"1º Si el fundo los "Corrales" del señor Bannen es agrícola y no erial y por qué causas.

"Si está cerrado y hay en él crianza de animales, siembras, roces é inquilinos.

"Si hay lavaderos de oro y en qué forma se manifiestan."

Después de rendida la prueba testimonial que consta en autos, se entregaron los autos á las partes para alegar de bien probado.

Alegando el demandado, desarrolla extensas consideraciones para demostrar que el fundo en que Crokett pide la demarcación y mensura de pertenencias auríferas es de cultivo y no erial, según así resulta plenamente comprobado con las declaraciones de numerosos testigos.

Sostiene que el Código de Minería en los artículos 1º y 4º hace una distinción perfectamente marcada entre las minas de oro, es decir, yacimientos auríferos que deben explotarse con arreglo al arte minero, y las arenas auríferas de que trata el artículo 4º del citado Código.

Esta última clase de industria no es permitida por el legislador sino respecto de terrenos eriales.

Corroboran esta manera de interpretar la ley las diversas disposiciones y reglas que establece el decreto de 1895 para la explotación de las arenas auríferas aplicando las cuales se llega á la conclusión de que en este caso si el señor Crokett quiere mantener sus títulos al amparo del artículo 1º del Código, tiene que trabajar los mantos por medio de piques, chiflones, etc., etc., es decir, que no podrá valerse de medios hidráulicos para lavar toda la tierra, ni menos podrá trasportar ésta de un lugar á otro.

Resumiendo el demandado las conclusiones á que arriba en el escrito de alegato, dice en el número 13 del párrafo 5º que no siendo eriales sus terrenos, no tienen aplicación el artículo 4º del Código de Minería y el reglamento de 1895; y en el número 21 del mismo párrafo que habiendo Crokett formado sus títulos al amparo del artículo 1º del Código de Minería debe explotar sus yacimientos, en el caso de que se le reconociera algún derecho, con sujeción á las reglas del arte minero, es decir, entrando al manto por medio de piques, socavones, etc., etc., y tomando toda clase de medidas de seguridad.

Con estos antecedentes se pronunció la sentencia de primera instancia, (1) que declaró:

1º El derecho preferente de don Constantino Bannen para mensurar con 15 hectáreas cada una las pertenencias "Esmeralda", "Ercilla" y "La Imperial", y á continuación de éstas y en la forma determinada en el artículo 52 del Código de Minería, la pertenencia "Caupolicán" del mismo Bannen;

2º Que esta mensura debia hacerse en la forma que lo pidiera el interesado al ejecutarse esta operación, no pudiendo tener cada pertenencia más de 50,000 metros cuadrados; y

3º Que don Juan Crokett puede mensurar á continuación de aquellas pertenencias las que ha manifestado y ratificado, según lo expresa en las solicitudes, y para explotarlas no podrá hacer uso de pistones, dinamita ú otros sistemas análogos que destruyan la propiedad.

Apelada esta sentencia por ambas partes, don Constantino Bannen en su escrito de expresión de agravios formuló la siguiente petición: "Solicito que se revoque la sentencia mencionada, declarándose que don Juan W. Crokett, ya se le considere particularmente, ó ya á nombre de sus compañeros, no tiene en absoluto derecho á pertenencias mineras, y por tanto no puede ser admitido á mensurar y demarcar tales pertenencias, desechándose, en consecuencia, todas las peticiones formuladas en el escrito, como asímismo las deducidas por el expresado señor Crokett en el acta de comparendo con costas.

"Fundo esta primera petición en que tratándose, como se trata en estos autos, del aprovechamiento ó explotación de arenas ó cascajos auríferos, y no de minas en la acepción propia de esta palabra, no tienen los que no son propietarios del suelo superficial el derecho de aprovecharse de tales arenas ó cascajos y de constituir pertenencias, sino en el caso de encontrarse esas arenas en terrenos eriales.

"Los terrenos del peticionario son de cultivo, se hallan cerrados y está acreditado en autos que no son eriales."

La sentencia de segunda instancia, aceptando la parte expositiva y los considerandos 1º y 3º de la de primera y citando los artículos 15, 19, 24, 29, 42, 48 y 52 del Código de Minería, 19 y 22 del Código Civil y 193 y 151 del de Procedimiento Civil, confirmó el fallo en la parte apelada, con declaración de que los litigantes pueden en la operación de mensura de sus pertenencias hacer las modificaciones que pidieren, sin perjuicio de sus recíprocos derechos ó siempre que el uno no se interne en el suelo de las pertenencias del otro, tal como éstas hayan sido alinderadas en las ratificaciones de sus registros, en virtud de los fundamentos que pasan á reproducirse:

1º Que según lo prescrito en el artículo 2º del Código de Minería, son de libre *adquisición* por los particulares las minas de oro,

(1) Véase esta sentencia y la de 2.ª instancia en esta Revista, año IV, núm. 1.º, II parte, sección 2.ª, página 2.

plata, etc., cualquiera que sea su origen y la forma de su yacimiento;

2º Que si bien es cierto que el inciso 1º del artículo 4º de dicho Código dispone que son de libre *aprovechamiento* las arenas auríferas y estañíferas y cualesquiera otras producciones minerales de los ríos y placeres, siempre que se encuentren en terrenos eriales de cualquier dominio, también lo es que el inciso final del mismo artículo establece que sin embargo de esa disposición, se formarán pertenencias mineras cuando la explotación se hiciere en establecimientos fijos;

3º Que no obstante la defectuosa redacción del último de los artículos trascritos, el tenor literal y contexto de ellos y de otras disposiciones del citado Código, manifiestan claramente que su espíritu es que las arenas auríferas y demás sustancias minerales de los ríos y placeres son también denunciables ó de libre *adquisición*, aunque el terreno en que se encuentren no sea erial, como no lo es el fundo "Corrales" del señor Bannen, debiendo en este caso formarse las pertenencias mineras ó constituirse la propiedad minera con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal;

4º Que esta interpretación de la ley, que es la verdadera y genuina, ha sido también dada por el propio dueño del fundo superficial, al pedir para sí las pertenencias mineras que se le reconocen por los actuales fallos y al otorgar su anuencia á otras personas para que solicitaran también pertenencias en dicho fundo;

5º Que el reglamento de 5 de julio de 1895, dictado en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 163 del Código de Minería, corrobora asimismo la inteligencia que se da á los referidos preceptos legales;

6º Que la demarcación y mensura de las pertenencias deberá efectuarse en la forma que el minero hubiere señalado ó pedido en la ratificación de su registro y aunque la ley lo autoriza para modificar en el acto de la demarcación los linderos que en dicha ratificación hubiere designado, tal facultad sólo puede ejercerse cuando no hay colindantes, ó si habiéndolos, no se opusieren; y en este litigio se han deducido oposiciones por ambas partes; y

7º Que no se halla legalmente comprobado que los yacimientos descubiertos y denominados "Esmeralda", "Ercilla", "La Imperial" y "Caupolicán" constituyen un solo banco ó criadero mineral".

Contra esta sentencia se ha deducido recurso de casación en el fondo por don Constantino Bannen, quien formalizándolo en el escrito dice: el fallo de que se trata ha infringido las disposiciones de los artículos 4º del Código de Minería y 19 del Código Civil, porque aun cuando se reconoce en la sentencia que el fundo del recurrente no es terreno erial, se establece, sin embargo, en ella el principio erróneo de que aún en tales terrenos es lícito constituir pertenencias para aprovecharse de arenas auríferas.

Se ha infringido el segundo artículo, porque so pretexto de consultar el espíritu de la disposición anterior y del Código de Minería en general, se ha prescindido del tenor claro y terminante del artículo 4º del Código indicado.

En cuanto á la naturaleza de la explotación minera que se pretende implantar por el señor Crokett y compañeros, los antecedentes todos revelan que hay perfecto acuerdo entre las partes acerca de qué no se trata de explotar minas en el sentido natural y obvio, es decir, minas metalíferas que se manifiesten en vetas, ó que sea menester explotar por medio de galerías, pozos ó trabajos subterráneos, sino pura y simplemente arenas ó cascajos auríferos.

Aparece también de los mismos antecedentes de la causa y en especial de las posiciones, comprobada la absoluta anulación del derecho del agricultor si se sanciona el principio ó doctrina en referencia, como también la destrucción de la capa de tierra vegetal con una clase de explotación que deja el suelo inadecuado para todo cultivo.

Se han infringido, asímismo, los artículos 20 y 21 del Código Civil y 2º del de Minería, pues se da á este último un alcance que no tiene al afirmar que comprende toda clase de explotaciones mineras, las arenas auríferas

inclusive, que reglamenta el artículo 4º.

Además, se da á la expresiones "libre adquisición", "libre aprovechamiento" un significado diferencial y de subordinación que en realidad no tienen.

Por último, no se ha dado á las palabras empleadas en dicho artículo el significado natural y obvio ni el técnico que les corresponde en el arte minero.

Las voces, "mina", "placeres" tienen una significación que ha sido olvidada en la sentencia de que se recurre; y "arenas auríferas" es algo esencialmente diverso de "minas".

En la suposición de que no fuera errónea la aplicación que el Tribunal ha dado el artículo 4º, esto es, admitiendo que fuera lícito constituir pertenencias para explotar arenas auríferas en terrenos no eriales pertenecientes á particulares, se habrían infringido las disposiciones del decreto reglamentario de 5 de julio de 1895 y del artículo 163 del Código de Minería, que ha dado origen á dicho decreto, especialmente se habrían violado los artículos 6º y 12 del expresado reglamento.

Consta en autos que Crokett no ha cumplido con las obligaciones impuestas en estos artículos y, en consecuencia, el fallo recurrido al declarar en favor de Crokett el derecho de constituir desde luego, sin más trámite, las pertenencias mineras que pretende, ha infringido tales disposiciones.

La misma parte recurrente en el escrito de fundación del recurso invoca diversas consideraciones para demostrar que no son denunciables las arenas auríferas en terrenos particulares no eriales, para los efectos de constituir sobre ellos propiedad minera por otra persona que el dueño del terreno; y para manifestar que el Tribunal de Alzada, al establecer en su fallo el principio contrario, ha infringido las disposiciones legales ya citadas anteriormente como violadas.

La parte recurrida, respondiendo pide se deseche el recurso por las siguientes razones:

Dadas las peticiones formuladas por don Constantino Bannen en los diferentes escritos que ha presentado, se ve que la litis quedó trabada entre las partes únicamente sobre la preferencia para mensurar sus respectivas pertenencias, y acerca de la manera como el señor Bannen debía mensurar las suyas, sosniendo el señor Crokett que debía hacerlo tal como lo habia indicado en la ratificación, y el señor Bannen que podía mensurarlas en la forma que quisiera.

Ni por un momento se desconoció en la primera instancia de este juicio al señor Crokett el derecho á las manifestaciones cuyas mensuras pedía.

La sentencia de primera instancia falló esta causa acojiendo sustancialmente las peticiones de Bannen.

Este apeló sin embargo, y en segunda instancia formuló peticiones nuevas, ajenas al juicio é incompatibles con las ya formnladas.

Los jueces sólo pueden resolver los juicios con arreglo á las peticiones hechas por las partes, y estas peticiones se formulan en la demanda y en la contestación, á virtud de lo dispuesto en el número 5º del artículo 251 y 4º del artículo 229 del Código de Procedimiento Civil.

Si la Corte de Concepción hubiera acogido las excepciones del señor Bannen en su escrito de expresión de agravios, habría dictado un fallo nulo.

Los artículos que se dicen infringidos ninguna influencia tienen en el fallo, pues sólo habrían podido tenerla en caso que la materia del juicio hubiese sido el resolver si Crokett tuvo ó no derecho para manifestar sus descubrimientos auríferos.

Esos artículos ninguna influencia han podido ejercer sobre el fallo de la Corte, porque esa materia no fué objeto del juicio.

Por lo demás, nuestra legislación minera ha sometido siempre los yacimientos de arenas auríferas á las mismas reglas que á las minas, como puede verse en las Ordenanzas y en el Código de 1874.

No se ha infringido tampoco el artículo 1º en cuanto se aplica á la interpretación que debe darse al inciso 2º del artículo 4º del Código de Minería, pues la redacción de ese artículo no es muy feliz, y con esto queda justificada la actitud del Tribunal de Alzada.

No se puede invocar como infringido el artículo 20 del Código Civil en un recurso de casación, porque el uso de las palabras es una cuestión de hecho más que de derecho.

Lo mismo puede decirse del artículo 21.

La Corte:

Teniendo presente:

1° Que con sujeción á lo dispuesto en los artículos 251, número 5°, y 299, número 4°, del Código de Procedimiento Civil, las dos partes que han litigado en este juicio formularon de un modo preciso y claro en la conclusión de los escritos de demanda y de contestación, respectivamente, las peticiones que sometían al fallo del Tribunal de primera instancia, ó sea, por el demandante Crokett, para que se procediera con citación de don Constantino Bannen á la demarcación y mensura de quince de las pertenencias auríferas á que se refieren los títulos exhibidos con su demanda, declarándose al propio tiempo que la pertencia "Esmeralda" de Bannen, cuya mensura era preferente, debía tener sólo la extensión y forma que en dicha demanda indica; y por el demandado don Constantino Bannen, para que se declare:

1° Que Crokett no podía mensurar las minas á que se refiere la demanda sino después de mensuradas las pertenencias "Esmeralda", "Ercilla" y "La Imperial" del demandante;

2° Que á continuación de estas pertenencias Crokett no podía mensurar sino aquellas manifestadas por él ó por personas de quienes presente poder ó cesión en forma;

3° Que debía desecharse la petición del demandante relativa á la forma en que pretendía se procediera á la mensura de las pertenencias del demandado; y

4° Que en lo concerniente á la pertenencia "La Imperial", mantenía las indicaciones hechas en la respectiva manifestación, salvándose el error en que incurrió al ratificar ese pedimento en cuanto á la latitud, como lo pediría en el acto de la mensura.

2.° Que del texto expreso de las anteriores peticiones resulta que el demandado reconoció plenamente el derecho de Crokett para mensurar en el fundo "Corrales" las pertenencias auríferas á que se refieren los títulos, con la limitación de que la operación de mensura debía efectuarse después de ubicadas las pertenencias de Bannen y á continuación de ellas, preferencia que el demandante reconocía por su parte en el mismo escrito de demanda; quedando, en consecuencia, como únicos puntos de desacuerdo entre las partes sometidos á la decisión del Tribunal, los demás que habían sido materia de las peticiones de la demanda y contestación;

3° Que si bien don Constantino Bannen manifestó en el escrito que no estaba dispuesto á permitir que se establecieran en su fundo trabajos de lavaderos que despedazaran el suelo, agregando que la lei habla de ocupación de terrenos para el laboreo de minas y no se ha puesto en el caso de trabajos hidráulicos que destruyan la tierra y las montañas é inutilicen las corrientes de agua, tales aseveraciones aparecen consignadas en un escrito cuyo objeto fué solo reclamar de la tramitación que dió el Juez á la solicitud contenida en el primer otrosí de la demanda, sin que se dedujera en dicho escrito petición alguna formal en el sentido de negar ó desconocer el derecho de Crokett á medir sus pertenencias, lo que tampoco habría sido aceptable dentro del procedimiento legal, desde que una petición de ese jénero, incompatible con las formuladas por el mismo Bannen en el escrito de contestación, habría alterado radicalmente el objeto principal del pleito, originando una situación diversa de la que se planteó en los escritos de demanda y contestación;

4° Que igual consideración á la anterior es aplicable á las observaciones que en un modo vago y sin negar el derecho de Crokett á mensurar sus pertenencias auríferas, formuló el demandado en el comparendo de que da cuenta el acta en su parte final;

5° Que conforme al mérito del proceso y concretándose á los puntos que fueron expresamente sometidos á juicio por las partes, como lo dispone el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia de primera instancia se pronunció acerca de las diversas peticiones de la demanda y contestación, declarándose que don Juan Crokett podía mensurar, á continuación de las pertenencias de don Constantino Bannen, quien tenía derecho á mensura preferente, las que Crokett había manifestado y ratificado según los documentos;

6º Que la petición para que se declare que don Juan W. Croket, personalmente ó á nombre de sus compañeros, no tiene en absoluto derecho á las pertenencias mineras de que se trata ni por consiguiente á demarcarlas y mensurarlas en el fundo "Corrales" del recurrente, por no ser erial dicho predio, aparece formulada por primera vez en este juicio solo en el escrito de expresión de agravios y no pudo, por lo mismo, ser objeto del fallo definitivo, como así se establece en los considerandos que preceden;

7º Que la sentencia del Tribunal de Alzada se limitó á confirmar la de primera instancia, reservando á los litigantes sus derechos para hacer en la operación de mensura de sus pertenencias las modificaciones que pidieren y con la salvedad indicada sobre este particular en la parte resolutiva;

8º Que de todo lo expuesto procedentemente resulta que las diversas consideraciones jurídicas que establece el Tribunal de Alzada en los fundamentos primero al quinto inclusive de la sentencia de segunda instancia, acerca de que las arenas auríferas y demás sustancias minerales de los ríos y placeres son también denunciables ó de libre adquisición, aunque el terreno en que se encuentren no sea erial, y la aplicación que con este motivo se hace en ellos de los artículos 1º, 4º y 163 del Código de Minería, y reglamento de 5 de junio de 1895, no guardan congruencia alguna con las peticiones de la demanda y contestación, ni con la cuestión que fué materia de la sentencia de primera instancia; por lo cual y aún en la suposición de que el Tribunal de Alzada hubiera incurrido en algún error legal al sentar esa doctrina jurídica en los considerandos indicados, deduciéndola de las disposiciones legales que acaban de citarse, tal error no habría podido tener influencia alguna sustancial en lo dispositivo del fallo, desde que á este también le sirven de base los considerandos de la sentencia de primera instancia que aceptó el Tribunal de Alzada y los restantes del fallo de este último Tribunal, que son los que se relacionan directamente con la cuestion debatida en el juicio y la resuelven;

9º Que no fué tampoco objeto de petición alguna del demandado el hecho que se aduce en el escrito de formalización del recurso, de no haber dado Crokett cumplimiento á lo dispuesto en los artículos 6º y 12 del reglamento de 5 de julio de 1895, no fué este punto por lo mismo materia de las sentencias litigadas en la causa y, en consecuencia, no ha podido el Tribunal de Alzada, que no se ha pronunciado acerca de ese particular, infringir las dos disposiciones que acaban de citarse; y

10. Que no existiendo en la sentencia de que se recurre infracción legal que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, es improcedente el recurso de casación en el fondo interpuesto, de conformidad á lo preceptuado en el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil.

Visto ademas lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del expresado Código, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo deducido por don Constantino Bannen en esta causa.

Aplícase al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Bernales.

Acordada contra el voto del Ministro señor Varas, quien opinó por la aceptación del recurso, en virtud de las razones que consigna en el libro respectivo. (1)—*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre Vargas.—Carlos Varas.—Abel Saavedra.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—21 de marzo de 1905.

Gajardo

Inadmisibilidad.—Vicios del fallo de primera instancia; vicios no reclamados.

DOCTRINA:—*No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia que se limita á confirmar la de primera instancia, por vicios*

(1) El voto especial del Ministro señor Varas ha sido redactado.

que, en caso de ser efectivos, afectarían á ésta, y que no fueron reclamados oportunamente.

En el juicio de liquidación de los bienes dejados por don Miguel Gajardo, se pronunció el laudo, algunas de cuyas resoluciones fueron apeladas por don Alipio Gajardo.

La Corte de Apelaciones de Talca, pronunciándose sobre el recurso deducido por este último, confirmó en los puntos apelados, por resolución de 9 de noviembre de 1905 la sentencia del árbitro.

Contra la resolución del Tribunal de Alzada ha interpuesto don Alipio Gajardo los recursos de casación en la forma y en el fondo, e primero de los cuales se funda, según lo expresa el recurrente en su escrito de formalización en haberse dictado la sentencia con omisión de los requisitos exigidos por los números 4º y 5º del artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, causal prevista en el artículo 941 del mismo Código.

La Corte:

Considerando:

1º Que los vicios ó defectos que se mencionan, en caso de ser efectivos, afectarían á la sentencia de primera instancia, y no á la de segunda, que se ha limitado á confirmar sin modificación la del Juez compromisario; y

2º Que por los vicios de que se trata no se reclamó oportunamente contra la sentencia arbitral por medio del recurso correspondiente para ante el Tribunal llamado á conocer de él, debiendo en consecuencia suponerse renunciado el derecho de reclamar por aquéllos vicios.

Visto lo prevenido en los artículos 946, 960, 978, 979 y 249 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en la forma, contra la sentencia de 9 de noviembre de 1905. Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el Ministro señor Saavedra.
—*Leoncio Rodríguez.*—*J. Gabriel Palma Guzmán.*—*Abel Saavedra.*—*J. Alejo Fernández.*

Cas. en el fondo.—20 de noviembre de 1906.

Urbistondo con sucesión Carrasco

Casación en el fondo.—Causal de casación.—Formalización.—Parte agraviada.—Infración legal. Curatela, Curador; sus obligaciones.—Administración.—Rendición de cuentas.—Pupilo.—Bienes propios.—Juicio de cuentas.—Prescripción.

DOCTRINA:—*Es improcedente la causal de casación fundada en la infracción de un artículo, si esta infracción se invoca después de formalizado el recurso.*

El recurso de casación sólo se concede á la parte agraviada. Por consiguiente, si la infracción alegada no perjudica al recurrente sino por el contrario á la otra parte no puede fundarse en ella el recurso.

Las obligaciones del curador en cuanto á los bienes consisten no sólo en la administración de ellos llevando cuenta instruida y documentada y en exhibirla luego que termine el cargo, obligación que le impone el artículo 415 del Código Civil, sino también en entregar los bienes que pertenecen al pupilo, tan luego como le sea posible, obligación que le impone el artículo 417 del mismo Código.

El ex-pupilo puede exigir por acción ordinaria la entrega de sus bienes existentes en especies ó cantidades determinadas en poder del curador sin que obste á esta acción la circunstancia de no haberse rendido y aprobado la cuenta que el guardador ha debido presentar al terminar la curatela. Infringe, por consiguiente, la disposición del artículo 417 del Código Civil, la sentencia que desecha la demanda del ex-pupilo contra

el curador para obtener la restitución de una cantidad determinada que le pertenece, fundado en que el juicio de cuentas es el único caso en que procedería el ejercicio de los derechos del pupilo.

Contra la acción del pupilo que exige el curador la devolución de una cantidad determinada que le pertenece no procede la prescripción de cuatro años establecida por el artículo 425 del Código Civil sino la ordinaria.

La acción para exigir al curador la rendición de cuentas prescribe en cuatro años.

Don Wenceslao Urbistondo expone: que su tía doña Eloísa Urbistondo le legó en comunidad con sus hermanos Vicente, Leonor y Rosa, una casa ubicada en la calle de San Francisco de la ciudad de Santiago; que fué vendida por su curador don Ismael Carrasco, en la cantidad de $ 15 500, de los cuales correspondía al demandante $ 3.750, suma que le adeuda el señor Carrasco con sus intereses correspondientes desde septiembre de 1894.

Habiendo fallecido el señor Carrasco el 12 de septiembre de 1894, sus herederos que lo son: su esposa doña Rosa Ubistondo y sus hijos Daniel, Ismael, Inés y Elena, están obligados al pago de la cantidad indicada y sus intereses.

Con estos antecedentes entabló demanda en contra de la sucesión de don Ismael Carrasco B. y pidió se diera lugar á ella en todas sus partes.

En rebeldía de los demandados se dió por contestada la demanda y se recibió la causa á prueba sin que se rindiese ninguna testimonial. Se citó para sentencia y uno de los Juzgados de Santiago, con fecha 4 de marzo de 1904, falló:

Considerando:

1º Que el demandante no ha acreditado la efectividad del legado que le dejase doña Eloísa Urbistondo, ni el hecho de la comunidad con sus hermanos Vicente, Leonor y Rosa en la proporción que indica la demanda;

2º Que la escritura cancelatoria si bien acredita una venta hecha por la comunidad formada por doña Carmen Lavanderos Urbistondo, doña Rosa Urbistondo de Carrasco, doña Leonor y don Wenceslao Urbistondo, no acredita que se refiera al legado que sirve de fundamento á la demanda;

3º Que, en todo caso, en ese acto intervino don Ismael Carrasco en representación, entre otras personas, de don Wenceslao Urbistondo;

4º Que, en consecuencia, el demandante puede pedir rendición de cuentas de la curatela, si no se hubiere rendido; pero no procede la acción especial que se ejercita en su demanda.

Por estos consideraciones y conforme á lo prescrito en el artículo 1698 del Código Civil, se declara sin lugar la demanda, con costas. Se reservan al demandante las otras acciones que pueda hacer valer en la forma que viere convenirle.

No se deja constancia de la profesión y domicilio de las partes, por haberse iniciado esta causa antes de la vigencia del Código de Procedimiento Civil.—*R. Ahumada.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones resolvió:

Santiago 9 de septiembre de 1904.

Vistos: Con el mérito de los considerandos 3º y 4º de la sentencia apelada, y teniendo además presente:

1º Que la demanda se dirige contra la sucesión de don Ismael Carrasco para obtener devolución de $ 3.750, que el expresado Carrasco recibió en su carácter de curador del demandante don Wenceslao Urbistondo;

2º Que dado lo expuesto, la suma que se cobra ha debido formar parte del haber perteneciente al pupilo que el curador recibió durante el ejercicio de la curatela, suma de la cual le corresponde rendir la cuenta respectiva ordenada por la ley;

3º Que en el presente caso no se trata de la rendición de cuenta del curador, que es el único en que procedería el ejercicio de los derechos que hoy se hacen valer por el ex-pupilo, y en el que podría el curador oponer las excepciones y defensas que le competan, por lo cual

no es aceptable el cobro que directamente se persigue por medio de la acción deducida en la demanda;

4º Que atendida la naturaleza de la expresada acción, no es del caso pronunciarse sobre la excepción de prescripción opuesta en esta instancia, la que sólo podría alegarse si la acción entablada hubiera sido la que se indica en los considerandos precedentes.

Se confirma la expresada sentencia de fecha 4 de marzo de este año, declarándose asimismo improcedente en este juicio la prescripción alegada por el demandado. Acordada en cuanto á la prescripción con el voto en contra del Presidente señor Fernández, quien opinó por la procedencia de la excepción, atendida la generalidad de los términos en que está concebido el inciso 1º del artículo 425 del Código Civil.

Redactada por el señor Ministro Bernales. —*F. Alejo Fernández.—J. Bernales —E. Donoso V.—J. Ignacio Larraín.*

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación en el fondo don Wenceslao Urbistontondo. Formalizando el recurso dice que la sentencia del Tribunal ha violado las disposiciones de los artículos 41 y 425 del Código Civil disposiciones que ordenan al guardador la entrega de los bienes del pupilo tan pronto como fuere posible, una vez expirado el cargo. Sin embargo. según los considerandos de la sentencia de segunda instancia y el tercero y cuarto reproducidos de la de primera se ha declarado que la acción que ha ejercitado el demandante ha sido la acción pupilar y que esta acción sólo procedía oponerla y juzgarla cuando el ex-pupilo pida rendición de cuentas s al guardador. Fundando el recurso, alega que la sentencia recurrida le desconoce el derecho que tiene para entablar acción ordinaria para que se condene al ex-curador á restituir los bienes de la propiedad del pupilo que recibió en administración, acción que es muy distinta del derecho de pedir la rendición de cuentas de la administración de los bienes pupilares que no ha entablado y que es la que le reconoce la sentencia; fallo que infringe la disposición de los artículos 417 y 415 del Código Civil. El artículo 425 ha sido infringido porque, habiéndose opuesto la prescripción de cuatro años, ha sido rechazada para el juicio actual únicamente, y no para el juicio de cuentas que no se ha promovido.

El artículo 417 dispone que el curador está obligado á hacer entrega de los bienes del pupilo tan pronto como fuese posible y para hacer la entrega de estos bienes, que en el caso en cuestión consisten en una suma de dinero, es necesario previamente determinar si hay ó no saldo en favor del pupilo por medio de la rendición de cuentas.

La entrega de los bienes no podrá hacerse, pues, sino después de rendida y discutida la cuenta y en caso que resulte saldo en favor del pupilo.

Pero, cualquiera que sea la interpretación que se dé al artículo 417, no influirá en lo dispositivo de la sentencia, porque le falta la base del derecho reclamado, esto es, la comprobación de los bienes que se dicen están en poder de la sucesión del señor Carrasco.

Para acreditar el demandante su derecho á la cantidad que reclama ha acompañado la escritura de fs. 1, escritura que se refiere á una comunidad distinta de la que se habla en la demanda, y tampoco acredita esta escritura el legado de que en la misma demanda se hace mérito.

Aunque posteriormente y antes de la vista de la causa se ha acompañado la escritura de fs. 50, en que se ve que don Hermógenes Urbistondo hizo donación de la cosa referida al demandante y sus hermanos, esta escritura no se refiere á la comunidad de que habla la escritura de fs. 1. Este documento no tiene relación alguna con el presente juicio, ni con la escritura de fs. 1, base de la demanda, con lo cual concluye pidiendo que se deseche el recurso condenándose en costas al recurrente.

La Corte:

Considerando, respecto á la infracción del artículo 415:

Que la infracción de este artículo ha sido alegada después de formalizado el recurso, y que el artículo 948 del Código de Procedimiento Civil prohibe hacer innovaciones en aquél después de interpuesto, por lo que este

fallo no puede ocuparse de esta causal de casación;

Que la infracción alegada del artículo 425 del Código de Procedimiento no afecta á los derechos del demandante, porque la resolución fundada en este artículo perjudica sólo al demandado al rechazársele la excepción de prescripción alegada, por lo cual no puede interponer recursos que han sido establecidos únicamente en favor del perjudicado según lo dispone el artículo 944 del Código de Procedimiento Civil;

Que la sentencia del Tribunal de segunda instancia ha aceptado el hecho de que don Wenceslao Urbistondo ha sido agraciado, sea por asignación ó por donación, con la cantidad que es materia de la demanda, hecho que debe darse por establecido al fallar el recurso.

Considerando en cuanto á la acción interpuesta para que la sucesión del ex-curador entregue la cantidad recibida á nombre de su ex-pupilo: Que las obligaciones del guardador comprenden no sólo la de administrar los bienes llevando cuenta de sus actos de administración y exhibirla luego que termine su cargo, que le impone el artículo 415, sino también la entrega de los bienes que pertenecen al pupilo, que pueden consistir en bienes determinados como cosas, predios ó cantidades de dineros, entrega que está ordenada hacer por el artículo 417 del Código Civil.

Que por las disposiciones de los artículos citados se ve con toda claridad que el guardador tiene dos obligaciones distintas, una de rendir cuentas de su administración, y otra de entregar los bienes recibidos á nombre del pupilo.

Que el ejercicio del derecho para pedir la entrega de los bienes que ha tenido el curador en administración, no está sujeto al juicio de cuentas, puesto que el artículo 417 ya citado ordena al curador hacer entrega de los bienes tan pronto como fuere posible, precepto que no se cumpliría si el guardador pudiera retener indefinidamente los bienes del pupilo mientras dura el juicio de cuentas.

Que dada la naturaleza de la prescripción del artículo 417, es evidente que el ex-pupilo puede hacer valer en juicio ordinario su acción para obtener la entrega de esos bienes sin esperar, ó abandonando la rendicion de cuentas de la administración.

Que si la entrega de los bienes del pupilo estuviera en todo caso sujeta á la rendición de cuentas resultaría que, prescribiéndose en cuatro años la acción que el pupilo tiene para pedirlos á su curador, no podría exigir la entrega de los bienes que tuvo en administración después de trascurrido este plazo porque podría oponerle la prescripción del cuadrienio, situación inaceptable porque en cuatro años quedarían prescritos todos los bienes y derechos de los pupilos, mientras que los de las demás personas solo se perderían por la prescripción de 10 ó 20 años.

Que al declarar sin lugar la demanda, la sentencia recurrida, fundada en que en el juicio de cuentas es el único caso en que procedería el ejercicio de los derechos que se hacen valer por don Wenceslao Urbistondo, ha infringido la disposición del artículo 417 del Código Civil, cuya infracción ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Visto lo dispuesto en los artículos 417 del Código Civil y artículos 940, 979 y 958 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la sentencia de 9 de septiembre de 1904 y procédase á dictar la sentencia que corresponda. Devuélvase la cantidad consignada.

Redactada por el Ministro señor Palma Guzmán. — *Leoncio Rodríguez.* — *J. Gabriel Palma Guzmán.*—*Galvarino Gallardo.*—*Gabriel Gaete.*—*V. Aguirre V.*—*Carlos Varas.*—*A. Vergara Albano.*

Y fallando la causa,

La Corte:

Santiago, 20 de noviembre de 1906.—Vistos: Don Wenceslao Urbistondo expone que su ex-curador don Ismael Carrasco Bascuñan recibió la cantidad de $ 3.750, parte del precio de venta de una casa ubicada en la calle de San Francisco de esta ciudad que había sido legada á él en unión con otros hermanos por su tía doña Clarisa Urbistondo; que habiendo fallecido don Ismael Carrasco el 12 septiembre de 1894, la obligación de restituirle esa cantidad pesa sobre su sucesión, compuesta de su viuda doña Rosa Urbistondo y sus hijos menores Daniel, Ismael, Inés y

Elena, de quienes ella es guardadora, por lo que interpone demanda contra las personas nombradas á fin de que se declare que deben pagarle el capital de $ 3.759 y los intereses del 8% desde el 1º de septiembre de 1894 hasta el efectivo pago. La sucesión demandada interpuso varios artículos dilatorios que fueron fallados en su contra, y por no haber evacuado el traslado de la demanda se dió por contestada en rebeldía.

No se rindió tampoco prueba alguna por la sucesión demandada.

La sentencia de primera instancia no dió lugar á la demanda. Durante la segunda instancia se han acompañado las escrituras por el demandante; y se ha opuesto por la sucesión demandada la excepción de prescripción de cuatro años á que le da derecho el artículo 425 del Código Civil.

Considerando en cuanto al derecho que el demandante don Wenceslao Urbistondo, tiene á la cantidad demandada, que con la escritura se ha comprobado que don Hermógenes Urbistondo fué quien hizo la donación de la casa ubicada en la calle de San Francisco de esta ciudad, en que correspondía la cuarta parte á don Wenceslao, en común con los otros donatarios, cuya cuarta parte de precio recibió el curador á nombre de su pupilo, según consta de la escritura base de la demanda.

Que nada influye para los efectos del derecho que tiene el demandante á la cantidad demandada que equivocadamente se hubiera dicho en la demanda que el dinero recibido por el curador provenía de un legado hecho por la tía del demandante doña Eloísa Urbistondo, puesto que en la escritura se dice que el curador recibió á nombre del pupilo la cantidad que ahora se demanda;

Que las obligaciones del curador en cuanto á los bienes consisten no sólo en la administración de ellos llevando cuenta instruida y documentada y en exhibir la cuenta luego que termine el cargo, que le impone el artículo 415 del Código Civil, sino también la de entregar los bienes que pertenecen al pupilo tan luego como le fuere posible, que le impone el artículo 417 del mismo Código, ya sea que consistan en bienes raices ó cantidades de dinero determinadas.

Que estas obligaciones distintas y establecidas en diversos artículos del Código nada tienen que ver una con la otra, ni están de tal manera relacionadas que sea forzoso cumplirlas conjuntamente;

Que, en consecuencia, el derecho que el expupilo tiene para pedir la entrega de los bienes en especie ó cantidades determinadas existentes en manos del curador no puede ser retardado á pretexto de no haberse rendido y aprobado la cuenta que el guardador ha debido presentar al terminar la curatela: lo que por otra parte importaría sostener un provecho por la falta de cumplimiento á su deber;

Que si la entrega de los bienes del pupilo estuviera en todo caso sujeta á la rendición de cuentas, y se dejase transcurrir el plazo de cuatro años sin cumplir con este deber resultaría que, estando prescrita la acción para exigir la rendición de cuentas, quedarían prescritos los derechos del pupilo para pedir la entrega de los bienes de su propiedad, tanto inmuebles como de cantidades determinadas que estuvieron en poder de su curador.

Que si hubiera de aceptarse tal situación vendría á producirse un resultado contrario á los propósitos de las disposiciones legales establecidas en protección de los menores, porque mientras los derechos de toda persona no se pueden prescribir sino por lapso de tiempo, en general, de diez ó veinte años tratándose de los bienes de menores, habrían quedado estos prescritos en solo cuatro años, si se aplicaran los principios sentados en la sentencia de primera instancia, situación inconcebible dadas las disposiciones legales que reglan la administración de los bienes de menores.

Que el mérito de las consideraciones que preceden y lo dispuesto en los artículos 415 y 417, demuestran con toda evidencia que el deber de rendir cuentas de su administración que tiene el curador y mucho más cuando no las ha rendido no puede entorpecer el ejercicio de la acción que tiene el menor para demandarlo en juicio ordinario para pedir la entrega de los bienes que estén en poder del

curador y que no están mezclados con las cuentas, ya sea en el ejercicio de una acción ó excepción.

Que con lo expuesto en estas consideraciones, se ve que no es procedente la excepción de prescripción opuesta á la demanda por la sucesión demandada.

Visto lo dispuesto en los artículos 415, 417 y 1698 del Código Civil y 151 del Código de Procedimiento Civil se revoca la sentencia de 4 de marzo de 1904 y se declara que ha lugar á la demanda con costas y que la sucesión demandada debe pagar á don Wenceslao Urbistondo la cantidad de $ 3.750 con intereses legales desde la demanda.

Redactada por el Ministro señor Palma Guzmán.—*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Carlos Varas.—A. Vergara Albano.*

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. en la forma. 19 de julio de 1905.—Cas. Civ. 11 de abrl de 1907.

Gérard con Cockbain Roxburg y Cª.

Abordaje culpable.— Perjuicios. - Capitán.— Naviero; su responsabilidad.— Consignatario. — Ultra petita. — Considerando.—Reclamación oportuna del vicio.—Apreciación de los hechos; facultad privativa del tribunal sentenciador.

DOCTRINA:—*No falla "ultra petita" la sentencia de segunda instancia que, sin variar las condiciones de la litis ni modificar la naturaleza jurídica de la acción propuesta, confirma la de primera, limitándose á agregar un nuevo fundamento á los consignados en aquella resolución.*

Si la sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia, contra la cual no se dedujo recurso de nulidad, mantiene intacta la parte dispositiva de este fallo, no procede tampoco en su contra el recurso de nulidad por fallar "ultra petita", pues este vicio, en caso de existir, se habría cometido en la de primera instancia, y no fué reclamado oportunamente como lo exige la ley.

Basándose una causal de casación en la forma en la existencia de otra que se desecha, no procede tampoco aquella.

El carácter de naviero que el tribunal sentenciador atribuye al demandado, fundándose en antecedentes probatorios que aprecia con facultades soberanas, es un hecho de la causa que debe servir de base inamovible para el pronunciamiento del fallo de casación.

Establecida la calidad de naviero del demandado, no infringe los artículos 865 y 878 del Código de Comercio, la sentencia que lo declara responsable de los daños causados por un abordage debido á impericia ó culpa del capitán, ya que en conformidad á esas disposiciones legales responde civilmente el naviero de los hechos del capitán y puede la acción dirigirse en contra de cualquiera de ellos.

Establecida legalmente la responsabilidad de los demandados en su carácter

de navieros y condenados en tal carácter por la sentencia recurrida, no infringe este fallo las reglas del mandato ni la disposición del artículo 468 del Código de Comercio, si agrega la consideración de que ni la calidad de agentes de una compañía extrangera dueña de la nave, que se atribuyen los demandados, ni la de consignatarios habrían bastado tampoco para eximirlos de responsabilidad, pues estas consideraciones carecen de influencia decisiva en el fallo y la responsabilidad juzgada por la sentencia recurrida no se refiere á hechos ejecutados por mandantes ó comitentes extranjeros de que deban responder sus agentes en Chile, sino á actos del capitán de una nave que obliga á su propio naviero, carácter que de hecho asumieron los demandados.

Don Edmundo Gérard, armador, en el carácter de propietario del vapor "Valparaíso" se presentó ante uno de los juzgados de Letras de Valparaíso entablando contra los dueños ó consignatarios del vapor "Gulf of Florida", señores Cockbain Roxburg y Cª, actualmente representados por los señores Allardice Brett y Cª, acción de daños y perjuicios por las averías causadas en la primera de dichas naves de resultas de una colisión con la segunda; el cual accidente, sostiene el actor apoyándose en una resolución de la Corte Naval que investigó sus orígenes, fué debido únicamente á un error de apreciación del capitán del "Gulf of Florida" por no haber detenido á tiempo la marcha de su nave, como lo dispone el artículo 16 del Reglamento de Choques y Abordajes. Y solicita que, haciéndose efectiva la responsabilidad de los demandados con arreglo al artículo 1130 del Código de Comercio, se les condene al pago de los daños y perjuicios que se estimaren en la forma ordinaria, tomándose en cuenta el daño emergente y el lucro cesante.

Se acompaña á la demanda la protesta hecha por el capitán del "Valparaíso" el 4 de febrero de 1896 ante el notario don José María Vega, en donde refiere el otorgante las circunstancias del abordaje, atribuye la responsabilidad al capitán del "Gulf of Florida" y se reserva el derecho de pedir las indemnizaciones legales.

Se acompaña igualmente copia autorizada de la resolución recaída en el sumario mandado levantar por la Gobernación Marítima para establecer las causas y deslindar las responsabilidades del siniestro.

Remitiéndose á lo que consta de dichos antecedentes, expone el demandante: que el día sábado 1º de febrero de 1896 á las seis de la tarde, el vapor ingles "Gulf of Florida" chocó á la salida de este puerto con el vapor chileno "Valparaíso", produciéndole averías que estima entre £ 5.000 y 7.000; sujeta, sin embargo, la determinación de la suma exacta á una futura apreciación de peritos; que, acreditada la responsabilidad de los consignatarios del "Gulf of Florida" en sumario instruido con absoluta independencia por la Corte Naval cumpliendo ordenanzas y reglamentos marítimos, la justicia ordinaria no vacilará en fallar á su favor; y que en este fallo han de comprenderse el monto de los perjuicios, el daño emergente, el lucro cesante por estadías, mayores gastos de tripulación, y privación de utilidades de carga y transporte.

Y, aludiendo á un incidente promovido por los consignatarios del "Gulf of Florida" de una protesta del capitán de este vapor relacionada con el mismo desastre, solicita se declare que la mencionada protesta carece de mérito favorable al "Gulf of Florida", y que sólo es verdadera y eficaz la formulada á nombre del vapor "Valparaíso".

Después de desecharse en definitiva la excepción de inadmisibilidad de la demanda, la contestan los señores Cockbain Roxburg y Cª pidiendo su rechazo á virtud del siguiente orden de consideraciones:

Por no ser concreta y específica la cosa que se pide, como lo ordena la ley 15, título 2º, partida 3ª; ni haberse aducido documentos que siquiera atenúen su vaguedad, según previene la ley 1ª, título 3º, libro 2º de la Novísima Recopilación.

Y á falta de procedencia de esta excepción.

2º Por no corresponder la obligación correlativa del derecho ejercitado, á los señores Cockbain Roxburg y Cª, quienes no son dueños ni navieros del "Gulf of Florida", ni en su carácter de consignatarios pueden legalmente ser condenados á pagar perjuicios que, conforme al artículo 2316 del Código Civil, sólo pueden perseguirse contra el que hizo el daño ó sus herederos. Y ni aún en ese carácter, es decir, como representante del naviero, procede la demanda, pues, para semejante procedencia, lo único que importa saber es quienes son los demandados, y no cual es el carácter con que comparecen Cockbain Roxburg y Cª. Surge así la excepción perentoria de que, no siendo estos personalmente obligados en representación del dueño ó naviero, ya que no se la confiere el título de consignatarios ni tienen otra forma de poderes, la sentencia definitiva en ningún caso debe afectarles ni afectar al naviero ó dueño no citado al juicio.

Como consecuencia de tal excepción, la parte demandada solicita declaración expresa de que Cockbain Roxburg y Cª no están obligados á pagar con bienes propios, sino de los navieros, los perjuicios del abordaje, siendo admitidos; y de que la sentencia no afecta á los navieros por no hallarse representados en la contienda.

3º Por no ser el demandante el verdadero dueño del vapor "Valparaíso"; y, en todo caso, solicita se rechace la demanda en cuanto él no fuera dueño.

4º Por falta de culpa en el capitán del "Gulf of Florida".

Aún aceptada en hipótesis, la resolución de la Corte Naval, ella sólo establece que hubo error de apreciación del capitán; pero no afirma que ese error fuera culpable. El capitan ejecutó la maniobra indicada por el reglamento para precaver el choque, deteniendo la marcha de su vapor; mas, notando que el "Valparaíso" alteraba su rumbo para pasar á popa del "Gulf. of Florida", ordenó la marcha adelante á toda fuerza, á fin de cooperar á la salvación común. La alteración de rumbo del "Valparaíso", creó un caso distinto del previsto por el artículo 16 del citado reglamento.

Termina la parte demandada pidiendo que, si hubiera de aceptarse la demanda á pesar de las alegaciones anteriores, se regule el valor de los perjuicios en moneda chilena, que es la legal para solucionar toda clase de obligaciones contraídas en Chile, sean cuales fueren su origen y naturaleza, sin más excepción que un contrato previo en oro extranjero, que en el caso actual no existe.

Don Edmundo Gérard replica acompañando una cuenta de daños y perjuicios liquidados en agosto 31 de 1898, ascendente á $ 119,230, suma en que aprecia el monto de su demanda.

Entra á refutar las excepciones deducidas en la contestación, y pide su rechazo y la aceptación de la demanda, con costas, funfundándose en razones que se resumen así:

1º La cosa pedida ha sido especificada con la posible precisión y claridad cuando se dice que lo demandado es el pago de los daños y perjuicios ocasionados por la colisión del "Gulf of Florida" contra el "Valparaíso," comprendidos el daño emergente y el lucro cesante. No era dable precisar el monto de los perjuicios en el momento del accidente por ignorarse entonces su magnitud, y consta que, dos días después de iniciada la causa, se notificó á los demandados unas propuestas de reparaciones. Tratándose de perjuicios originados por accidente marítimo, deben estimarse por dictamen pericial.

Tampoco ha podido alegarse esta excepción después de contestada la demanda, atendida su naturaleza.

2º La última observación es aplicable también á la pretendida falta de personalidad de los demandados para comparecer en el juicio.

Conforme al número 4 del artículo 865 del Código de Comercio, el naviero responde de los hechos del capitán ó de la tripulación; luego, es inadmisible la cita del artículo 2316 del Código Civil, siendo más adecuada la del 2320 que obliga á los empresarios á responder de los hechos de sus dependientes.

Los señores Cockbain Roxburg y Cª que procuran eludir los resultados de la litis por

haber sido demandados personalmente como consignatarios y representantes del naviero, invisten doblemente la personalidad bastante para estar sometidos al fallo final: son representantes del dueño del vapor cupable del accidente y apoderados del capitán de ese vapor.

Ni cabe anticiparse á suscitar dudas sobre los bienes que pudieran comprometerse en el pago de resultas del juicio: la demanda señaló ya á la nave como único valor responsable de las resultas, y por eso exigió su secuestro.

La representación legal del naviero que corresponde á los consignatarios, se encuentra definida en diversas prescripciones del Código de Comercio, y se extiende, no sólo á operaciones de abastecimientos y contratos de fletes, sino á todas las relaciones de la nave con terceros por cualquiera naturaleza ó motivo.

3º La tercera excepción se destruye con recordar que, al entablar su demanda, el demandante era único dueño del vapor "Valparaíso", y que, si bien, hubo de ceder parte de la nave para costear sus reparaciones después del abordaje, ello no ha podido privarle de la acción personal de perjuicios.

4º La excepción de falta de culpabilidad del capitán del "Gulf of Florida", no tiene apoyo ni en la ley ni en los hechos. El artículo 1130 del Código de Comercio habla de dolo, negligencia ó impericia del capitán ó de la tripulación de una de las naves que choquen, para que se indemnice el daño. No se necesita, pues, probar dolo ó descuido; basta la impericia. Y la hubo en ejecutar una maniobra contraria a lo que prescribe el artículo 16 del reglamento marítimo, es decir, dar marcha adelante á toda máquina en vez de detenerla en absoluto para dejar libre el paso á la nave que venía á su estribor. Este hecho está comprobado en los documentos é informes que aparejan la demanda, y no admite duda.

Concluye solicitando se le abonen intereses por mora de pago de la suma demandada, desde la fecha de su liquidación.

En la dúplica, los señores Cockbain Roxburg y Cª refuerzan su argumentación sosteniendo las excepciones deducidas ó subsidiariamente, las declaraciones del párrafo 2º del escrito de contestación.

Posteriormente las partes han ampliado las alegaciones relacionadas, concretando los puntos de prueba y pidiendo diversos documentos y justificativos.

Los demandados han objetado las distintas partidas de la cuenta de perjuicios, particularmente las relativas á entrada del "Valparaíso" en el dique por creerla innecesaria; á gastos de pintura, por no corresponder á la parte averiada del buque; á intereses y lucro cesante, por reputarlos incompatibles con el reclamo de estadías.

El juzgado de Valparaíso, con fecha 31 de diciembre de 1903 resolvió:

Considerando:

1º Que por la demanda se reclama la indemnización de los daños y perjuicios, inclusive el daño emergente y el lucro cesante, que ha irrogado al actor, en la nave de su propiedad "Valparaíso", un accidente marítimo precisado en su fecha y circunstancias é imputable á culpa y responsabilidad de los demandados, y aún se estima en £ 5.000 á 7 000 la suma probable del valor del perjuicio directo causado al vapor; con lo cual quedó determinada y circunscrita la acción deducida, en todos los elementos constitutivos de su naturaleza y cuantía, de tal modo que no puede confundirse con otra;

2º Que para los propios demandados la acción entablada tuvo desde el primer momento una definición clara y precisa, como lo denota la escritura de fianza por ellos presentada, en donde el fiador se compromete "á responder por la suma que los señores Cockbain Roxburg y Cª pudieran ser condenados á pagar á don Edmundo Gérard, dueño del vapor "Valparaíso", con motivo del juicio que ha iniciado contra los nombrados Cockbain Roxburg y Cª demandándolos como consignatarios del vapor "Gulf of Florida" por el pago de las averías que sufrió el "Valparaíso", en su colisión con este último en la bahía de este puerto.

3º Que iniciada la demanda el 5 de febrero de 1896, cuatro días después del hecho que la motivó, no era dable señalar con exactitud

la cuantía de la misma en orden á los efectos del accidente en la nave perjudicada, el precio y demora de su reparación, el lucro cesante, los gastos de estadía y otros perjuicios reclamados;

4º Que, por lo demás, la acción de perjuicios está subordinada á la fijación que de su valor haga el juez en vista de informes periciales y de la prueba que al efecto se produzca, siendo esta regla particularmente aplicable en materia mercantil y marítima, y pidiéndolo ahora también así el demandante;

5º Que la demanda va dirigida contra los dueños ó consignatarios del vapor "Gulf of Florida", y de ella ha sido notificado el capitán de la nave;

6º Que la calidad de consignatarios del "Gulf of Florida", que revisten Cockbain Roxburg y Cª, se halla plenamente establecida en autos, pues en esa calidad han actuado en el juicio y se han reconocido á sí mismos en diversos actos y escritos, entre otros la escritura de fianza ya citada y la solicitud;

7º Que todavía la firma antes nombrada ha comparecido en representación del vapor 'Gulf of Florida" y de su capitán;

8º Que, conforme al Código de Comercio, el capitán es civilmente responsable de sus hechos, y el naviero responde civilmente de los hechos del capitán, y se puede hacer efectiva esta responsabilidad en ellos solidariamente;

9º Que ese Código identifica la responsabilidad del naviero con la de su consignatario;

10. Que existe en autos prueba bastante acerca de que don Edmundo Gérard era en febrero de 1896, época de la demanda, exclusivo dueño del vapor "Valparaíso", como consta del oficio de la Dirección del Territorio Marítimo, que acredita, con el mérito del certificado de la Gobernación Marítima, que la nave estaba en esa fecha oficialmente registrada á nombre de Gérard;

11. Que no obsta al carácter de demandante con que litiga Gérard en esta causa, la circunstaucia de haber él traspasado á un tercero, con posterioridad á la demanda, la mitad de su vapor; pues la acción de perjuicios es personal, incumbe al que los sufre, y en este caso aparece tanto más claro el derecho de Gérard para reclamarlos cuanto que el traspaso fué impuesto por la falta de recursos para reparar las averías;

12. Que, en lo relativo á no haberse originado la colisión por culpa del capitán del "Gulf of Florida", esa excepción atañe al hecho fundamental de la demanda y debe ser contemplada al resolverse sobre el fondo de la misma;

13. Que, sin contradicción de parte, y aun de conformidad de ellas, han quedado constantes en autos los siguientes hechos fundamentales del litigio:

a) Que el 6 de febrero de 1896 á las 6 y minutos de la tarde, se produjo en la bahía de este puerto una colisión entre los vapores "Valparaíso" del demandante, y el "Gulf of Florida" de que son consignatarios los demandados, accidente del cual resultaron averías de cierta importancia en la primera de aquellas naves;

b) Que el capitán del "Valparaíso" adoptó las medidas de salvamento aconsejadas ante lo inminente del peligro, no habiéndose formulado ni menos establecido en contra ninguna presunción de culpabilidad;

c) Que el capitán del "Gulf of Florida", creyendo, según afirman los demandados, contra lo aseverado por el demandante, que el "Valparaíso" cambiaba de rumbo para buscar paso por la popa de aquél, y á fin de ayudar á esta maniobra, dió máquina avante á toda velocidad; hecho comprobado en el sumario de la Corte Naval que se convocó á raíz del siniestro para investigar sus causas y sus responsabilidades, y especialmente en el diagrama, donde se demuestra que á las 6.11 minutos de la tarde, hora de la máquina del "Gulf of Florida", se dió orden de "toda velocidad avante", y á las 6.12 minutos del mismo reloj se produjo el choque;

14. Que, establecido de modo irrecusable, el hecho de haber el capitán del "Gulf of Florida" dado orden de "máquina avante á toda velocidad" un minuto antes del siniestro, ó sea, cuando el peligro de colisión era inminente, no cabe legalmente considerar el móvil por sano que fuere, del capitán de esa nave al ejecutar semejante maniobra; y al juzgado sólo corresponde hacer mérito de que ese capi-

tán faltó á lo prescrito por el artículo 16 del Reglamento de Choques y Abordajes, que estaba obligado á respetar en virtud de lo mandado en los artículos 891 y 908 del Código de Comercio;

15. Que, por lo tanto, no se trata de un abordaje fortuito sino de un abordaje ocasionado por impericia del capitán del "Gulf of Florida" y en tal caso el culpable debe indemnizar los daños causados en los términos previstos por los artículos 908 y 1130 del Código de Comercio y 1556 del Código Civil;

16. Que, en cuanto al daño emergente, con el mérito de los informes periciales que el juzgado toma en cuenta sólo como antecedentes ilustrativos, y particularmente con el de los señores Elliot y Smith que los comprende á todos y los corrobora, y ha sido aceptado en tres conclusiones por ambas partes, ha quedado establecida la naturaleza y magnitud de los deterioros sufridos por el "Valparaíso" á consecuencia del abordaje, los cuales principalmente consistieron en la destrucción de la rada y de dieziseis planchas sobre la línea de flotación y de una debajo de esa línea, piezas todas que según dicho informe era indispensable reemplazar, aparte de algunas otras de secundaria importancia también destruidas por el choque;

17. Que, todavía, para apreciar el valor mínimo de la reparación del daño, obran en autos las propuestas de la Compañía de Diques por £ 4.870 y por $ 40.850, incluida en ellas la ocupación del dique; y las siguientes en que no se incluye esta ocupación, esto es, la de Lever Murphy por $ 26.000 la estimación del constructor naval de la Armada por $ 17.500, y las de los señores Elliot y Smith en tres informes citados por $ 14.000, de manera que, contemplando también los gastos por ocupación del dique, los cuales, según las tarifas habrían pasado de $ 50.000, se nota *prima facie*, lo que ha quedado establecido en la prueba testimonial válidamente rendida por el demandante, á saber, que la propuesta de la Compañía de Diques, aceptada y pagada por el dueño del vapor "Valparaíso" y ascendente á $ 40.850, era efectivamente la más baja para reparar los desperfectos de la nave causados por el siniestro.

18. Que, por lo demás, los demandados, si bien manifestaron oportunamente oponerse á las propuestas de la Compañía de Diques, como consta, nunca formalizaron su oposición ni la extendieron á la apreciación pericial de ellas, ni encaminaron su defensa á demostrar que las reparaciones pudieran hacerse á menor costo cuando todavía era oportuno y conducente, por ser entonces fácil examinar las averías y regular con exactitud el importe de su reparación;

19. Que, respecto á la necesidad de que el Valparaíso entrara en el dique para componer sus averías, el informe del perito señor de la Fuente, y diversos testigos, entre los cuales no se comprenden los que han declarado durante la suspensión del término probatorio, reconocen esa necesidad dada la naturaleza de las averías; y la contra información presentada por los demandados con los testimonios de los señores Elliot y Smith peritos inspectores marítimos, Stele capitán del Valparaíso y Williamson y Lever socios de la firma Lever Murphy y Cª, si bien establece á posteriori no haber sido necesaria la entrada en el dique, está contradicha por los testimonios que las mismas personas prestaron á la época del siniestro;

20 Que en cuanto al lucro cesante, la parte demandada ha comprobado con testimonios de mayor eficacia que, según precedentes mercantiles uniformes de la plaza de Valparaíso, se avalúan en 3 á 4 peniques por día y por tonelada de registro, las estadías que es corriente pagar cuando por cualquier motivo se retarda la salida de una nave, y que en esta indemnización se comprenden las expensas administrativas, ó sea, todo gasto de esta índole que tuviere que hacer durante la detención, la cual fué de diezinueve días, según se hallan acordes las partes, el demandante en su cuenta y los demandados en su exposición y declaración;

21. Que la indemnización por estadías valorizadas conforme al considerando que antecede, guarda próxima relación con la capacidad del vapor Valparaíso y el pago de estadías establecido en el contrato de fletamento en el cual se estiman á razón de $ 300 diarios

22. Que no existen en autos datos suficientes para apreciar con exactitud el beneficio que

pudo obtener el dueño del vapor Valparaíso si hubiera cumplido los fletamentos impedidos por el siniestro, por cuanto la indemnización respectiva sólo puede referirse á la utilidad líquida que debieron dejar dichos contratos, deducidos los gastos de viaje;

23. Que, de los demás gastos cobrados en la cuenta, los demandados objetan las partidas referentes á pintura, $ 1.200; á fletamentos, $ 26.500; á intereses, $ 20.686; y á depreciación del vapor, $ 20.000; y es de observar:

d) Que, hallándose establecido en autos que el día del abordaje el vapor Valparaíso salió del dique completamente refaccionado y pintado, no se ha comprobado gastos de pintura motivados por la nueva reparación;

e) Que los gastos varios no han sido acreditados en forma que permita constatar su efectividad;

f) Que según los informes periciales, el Valparaíso no ha sufrido depreciación sensible por las nuevas reparaciones, sino que, como lo dice el de los señores Elliot y Smith, la nave debía con ellas quedar en tan buen estado como ántes del siniestro, y en el mejor de los casos el dictamen del señor de la Fuente sólo estima en $ 2.000 el menor valor de la nave;

g) Que los demandados manifiestan no merecerles observación los otros gastos de la cuenta.

24. Que en cuanto á los intereses, sólo deben abonarse al demandante los legales devengados por las cantidades que por reparaciones y gastos hubiese él invertido en el vapor de su propiedad

Vistos, además, el artículo 1698 del Código Civil, los 862, 865, 878, 890, 898, 977 y 1130 del de Comercio; las leyes 32 y 40, tít. 16, part. 3ª y el artículo 196 del Código de Procedimiento del Ramo, se resuelve:

1º Que ha lugar á la demanda respecto de la indemnización de $ 40.850 indicada en el considerando décimo séptimo de esta sentencia, de los $ 5.700 por estadías de que tratan los signados con los gastos á que se refiere el vigésimo tercero letra *g*, con los intereses que señala el vigésimo cuarto á contar desde que el demandante hizo los correspondientes desembolsos; y respecto de la indemnización contemplada en el considerando 22, que será determinado por el juzgado previo informe de un perito;

2º Los pagos se harán en moneda corriente chilena;

3º No ha lugar á las otras peticiones de las partes.—*José R. Guzmán.*

Apelada esta sentencia, en segunda instancia se ordenó la diligencia probatoria y que que textualmente dice:

"Valparaíso, á 7 de diciembre de 1904, compareció ante el Ministro infrascrito don Jorge Ridell Alardice, mayor de edad y juramentado en forma espuso:

La sociedad anónima inglesa dueña del vapor "Gulf of Florida" era la "Greenock Steam Ship Company Ltd." de la cual es sucesora actualmente la "Gulf Line Limited" establecida también en Inglaterra. No tengo noticias de que esta Compañía haya sido autorizada por el Presidente de la República para establecer agentes en Chile. La firma de Alardice y Cª de que soy socio colectivo tiene actualmente la consignación de los vapores de la "Gulf Line Limited". Dicha firma Alardice y Cª es liquidadora de la "Alardice Brett y Cª" la cual á su vez liquidó la de "Cockbain Roxburg y Cª", no quedando más negocio pendiente de Cockbain Roxburg y C.ª que el presente juicio. Ratificado, previa lectura, firmó. —*A. Bezanilla Silva.—J. R. Allardice.*

Y viendo en seguida la causa la Corte de Apelaciones, pronunció la siguiente sentencia:

Valparaíso, diciembre 10 de 1904.—Vistos: Eliminando el noveno fundamento y la cita de los artículos 898 y 977 del Código de Comercio y teniendo además presente:

Que ni la calidad de agentes de la sociedad anónima inglesa "Greenock Steamship Company", propietaria de la nave causante del abordaje, que dicen tener los demandados Cockbain Roxburg y C.ª en el escrito, ni la de consignatarios de la misma nave que les reconoce el demandante bastan para eximir á dichos demandados de responsabilidad personal, por cuanto no han probado que la sociedad anónima que representan haya sido legalmente autorizada para tener agentes en Chile; y por cuanto, á mayor abundamiento, nada hay en los autos que autorice para su-

poner que la nave haya sido expedida, aparejada y pertrechada por otros que los mismos consignatarios ó que éstos hayan procedido á nombre ó por cuenta ajena.

Con el mérito de la diligencia practicada en esta segunda instancia y con arreglo también á lo dispuesto en el artículo 468 del Código de Comercio, se confirma la sentencia apelada de 31 de diciembre de 1903,

Se previene que el señor Presidente Pineda no elimina el considerando 9º ni la cita de los artículos 898 y 977 del Código de Comercio.

Acordada por los señores presidente Pineda, Ministros Alamos González y Bezanilla Silva y Fiscal Vergara, llamados los dos últimos á dirimir la discordia que se produjo en la primera vista de la causa, contra el voto del señor Ministro Silva, quien estuvo por revocar la sentencia de primera instancia y porque se declarase sin lugar la demanda y después de haberse desechado la indicación previa del mismo señor Ministro para que se suspendieran los efectos de la indicada sentencia en cuanto por ella se pudiera estimar que se daba lugar á la demanda contra el capitán del "Gulf of Florida" don Alejandro Livingstone. Funda su voto en el libro respectivo,

Redactada por el señor Fiscal Vergara. —*Pedro N. Pineda.—Luis Ignacio Silva.—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.*

Contra esta sentencia interpusieron los demandados los recursos de casación en la forma y en el fondo, y formalizando el primero, solicitan se invalide dicha sentencia por haber sido dada *ultra petita* y por no haberse fallado el asunto controvertido, causales ambas previstas respectivamente en los números 4º y 5º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Explayando los fundamentos de las dos causales alegadas, los recurrentes dicen textualmente lo que sigue:

La sentencia ha sido dada *ultra petita*. Según la ley, existe este vicio cuando el fallo se extiende á puntos no sometidos á la decisión del tribunal. En la resolución de la Iltma. Corte de la cual recurro en casación, se falla un punto que no estaba sometido á la decisión del tribunal, pero ni siquiera insinuado en el debate de la causa.

Ese punto es el que se refiere á la responsabilidad del demandado en su carácter de agente de una sociedad anónima extranjera, establecida en Chile sin haber cumplido las prescripciones legales del caso. El Tribunal Ilustrísimo ha tenido á bien considerar que en tal carácter ha sido mi parte demandada y en tal carácter la ha condenado al pago de una suma de dinero. El hecho, sin embargo, que consta de autos, es que la acción dada por la ley para hacer efectivas responsabilidades de agentes de sociedades anónimas extranjeras, no ha sido deducida en la demanda, mucho menos debatida.

La verdadera acción en que las partes de este juicio hemos trabado la litis no es otra que aquella que el demandante ha creido tener en contra de mis representados como consignatarios del vapor "The Gulf of Florida". Por manera que la Iltma. Corte al fallar, no la acción de la demanda, sino otra que por nadie ha sido interpuesta, incurre en el vicio antes indicado, esto es, falla *ultra petita*.

Intimamente ligada con la anterior se encuentra la otra causal de casación en la forma que alego en contra de la sentencia. Porque es indiscutible que si se resuelve sobre una acción distinta de la deducida, no es esta última el objeto del fallo y entonces procede la casación por el defecto de no haberse fallado el asunto controvertido. Esta causal de casación es la referida en el número 5º del recordado artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, el cual otorga el recurso en los casos en que se hubiere dictado sentencia con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 193 del mismo Código. Y este precepto en su número 6.º exige como elemento necesario del fallo la decisión del punto controvertido.

La Corte:

Considerando:

1º Que la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al formular en el considerando único, agregado por ella á la sentencia de primera instancia, los conceptos de hecho y de derecho que en el mismo considerando se establecen, no ha variado las condiciones de la litis,

tal como ella se trabó entre los contendores, ni ha modificado la naturaleza jurídica de la acción propuesta por el demandante, y sólo se ha limitado á agregar un nuevo fundamento que, á más de los consignados en aquella resolución, la indujeron á confirmarla;

2º Que tanto por la consideración que precede como por haber mantenido intacta el tribunal sentenciador la parte dispositiva del fallo de primera instancia, del cual tampoco se reclamó en grado de nulidad, no ha cometido dicho tribunal en su sentencia el vicio de *ultra-petita* que le atribuye el recurrente;

3º Que basándose la segunda de las causales del recurso en la existencia de la que acaba de desestimarse no procede tampoco dicha causal;

Visto también lo prevenido en los artículos 971, 979 y 970 del Código de Procedimiento Civil se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en la forma de que mas arriba se ha hecho mérito.

Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren.—*Galvarino Gallardo.—Leoncio Rodríguez.—E. Fóster Recabarren.—J. Alejo Fernández.*

Desechado este recurso, el recurrente formalizó el de casación en el fondo en los siguientes términos:

Son numerosos los preceptos legales que la sentencia de segunda instancia infringe, influyendo esta infracción en la parte resolutiva del fallo de un modo directo é inmediato, en condiciones de que basta ligera referencia á los antecedentes para poner á la vista la trasgresión de la ley.

Según lo resuelven las sentencias de primera y segunda instancia, debe tenerse como un hecho establecido en el curso de este juicio (si bien mi parte ha afirmado é insiste en afirmar que no lo está) que el abordaje cuya indemnización de perjuicios se reclama fué producido, por hecho ó culpa del capitán del "Gulf of Florida", nave de la cual eran consignatarios los señores Cockbain Roxburg y Cª

Hay en una y otra de las resoluciones citadas declaración expresa sobre el particular, de modo que, en este momento, no es posible discutir sobre la persona que ejecutó los actos ó hechos imajinarios del abordaje.

Que esta persona no fué la que aparece reo de la demanda y condenada en la sentencia, o demuestran tanto la discusión como las pruebas de autos.

Así, entonces, está juzgada la forma en que se produjo el abordaje y sus causas inmediatas, ó sea están determinados los antecedentes de hecho necesarios para el fallo. Para juzgar la responsabilidad de la persona obligada por las consecuencias de esos hechos es que ha debido el Iltmo. Tribunal aplicar las disposiciones de la ley congruentes con aquella situación. Y esta aplicación no se ha hecho. O se ha prescindido de ella ó se ha efectuado en forma contraria á los principios de derecho y al propósito de la ley.

Dado el hecho de reclamarse la indemnización de un daño sufrido por el demandante, la sentencia que ordena á los señores Cockbain Roxburg y Cª al pago de los perjuicios reclamados en la demanda, viola las siguientes disposiciones legales:

El artículo 2329 del Código Civil que establece como regla general el que todo daño que pueda imputarse á malicia ó negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta; el artículo 2316 del mismo Código que obliga á la indemnización á la persona que hizo el daño, el artículo 1130 del Código de Comercio que dispone que si el abordaje fuere ocasionado por dolo, negligencia ó impericia del capitán ó tripulación de una de las naves, el daño será indemnizado por el culpable; los artículos 908 y 910 del mismo Código que imponen al capitán que cometa en el cumplimiento de los deberes de su cargo y de la violación de las prohibiciones impuestas por la ley, así como también la responsabilidad de los daños y perjuicios que produzcan su contravencion á las leyes y reglamentos de marina y policía de los puertos de salida; el artículo 1134 número 3º del mismo Código declara culpable al capitán que tratare de tomar la delantera, o no ceda el paso á otra nave á entrada ó salida de puerto; el artículo 865 en su número 4º de la misma ley que obliga

al naviero á responder civilmente de los hechos del capitán, bien importen un delito ó cuasi delito, bien constituyan una mera falta; el artículo 878 de la misma que dispone que la responsabilidad del naviero por un hecho del capitán afecta indistintamente á la persona y bienes del uno ó del otro.

Todos los preceptos legales anteriormente citados demuestran que la responsabilidad que se trata de hacer efectiva recae sobre las personas que ellos mismos designan y no sobre otra completamente extraña á los hechos ó actos que generan esa responsabilidad, como lo son en el caso de autos los consignatarios demandados y condenados.

Se viola, pues, la ley cuando la obligación que ella establece se trata de imponerla sobre persona distinta de la que la ley declara obligada.

Ahora considerando á los señores Cockbain y Roxburg y Cª condenados por la sentencia de la Iltma. Corte en el carácter de mandatarios, ya que éste es el que corresponde á la condición de consignatarios en que se les demanda, se viola también la ley en esa resolución.

El artículo 2116 del Código Civil establece como de la esencia del mandato el que el asunto ó negocio encargado se gestione por cuenta y riesgo del mandante, lo que significa la no responsabilidad personal en el mandatario por los actos que ejecuta en cumplimiento del mandato.

Y finalmente, tenidos los demandados como agentes de la Sociedad Anónima Extranjera establecidos en Chile sin autorización legal, carácter en que los constituye la sentencia de la Iltma. Corte, sin que ellos pudieran sospechar siquiera que en alguna circunstancia hubieran investido tal carácter, se infringe el artículo 468 del Código de Comercio que es precisamente uno de los que el Iltmo. Tribunal tuvo presente al pronunciar su sentencia. Esta disposición declara obligados á los agentes no autorizados legalmente al cumplimiento de los contratos que celebran y los somete á las responsabilidades precedentemente establecidas. Y la sentencia los condena por actos que los demandados no ejecutaron y les impone responsabilidades que no están determinadas en las disposiciones precedentes á dicho precepto. Es decir que no sólo se les reputa agentes cuando nunca lo fueron, sino que se les juzga á virtud de una ley que, ni aun considerados como agentes, podría serles aplicada.

En el escrito de fundación del recurso los demandados ampliaron las razones anteriormente aducidas, insistiendo en que se diera lugar á la casación solicitada.

El demandante pidió á su vez que se desechara el recurso en el fondo interpuesto y sostuvo la legalidad y corrección del fallo recurrido á la luz de los razonamientos de hechos y de derecho que en el mismo escrito se consignan.

La Corte:

Considerando:

1º Que los recurrentes Cockbain Roxburg y Cª fueron demandados como consignatarios, ó bien como dueños de nave para hacer efectiva su responsabilidad personal por el abordaje del vapor "Valparaíso", imputado á culpa del capitán del vapor "Gulf of Florida" causante de la avería;

2º Que el recurso de casación se funda especialmente en la creencia de que la Corte sentenciadora al decidir esta demanda, ha identificado jurídicamente el carácter de consignatario de una nave con el de naviero ó armador de la misma para el efecto de hacer recaer sobre el primero la responsabilidad que pueda pesar segun la ley sobre el segundo por actos culpables del capitán; y en que supuesta la identificación referida ha condenado personalmente á Cockbain Roxburg y Cª meros consignatarios del vapor "Gulf of Florida" como si fuesen navieros, ó bien dueños absolutos del vapor;

3º Que del tenor de la sentencia recurrida aparece con toda evidencia que la Corte sentenciadora, no ha identificado estos dos caractéres jurídicos, y por el contrario, habiendo establecido en la misma sentencia que Cockbain Roxburg y Cª han sido navieros y armadores del vapor "Gulf of Florida" ha fallado que dicha casa comercial es personalmente responsable de la avería causada por

abordaje culpable del vapor "Valparaíso", á nombre de cuyo dueño se ha deducido la acción debatida;

4º Que el carácter de naviero que la Corte de Apelaciones atribuye á Cockbain Roxburg y Cª, figura como hecho de la causa, y así lo establece ese Tribunal fundándose en antecedentes probatorios fidedignos que aprecia con facultades privativas suyas; y por consiguiente, la imputación de responsabilidad personal de los demandados en vista de ese hecho fundamental, ha sido correcta con arreglo á los artículos 865 y 878 del Código de Comercio que cita la sentencia de primera instancia, que en esto acepta la de segunda;

5º Que hallándose fijada legalmente la responsabilidad personal de Cockbain Roxburg y Cª por estimarse que fueron ellos mismos los que armaron, pertrecharon y despacharon el vapor "Gulf of Florida" invistiendo como consecuencia de estos hechos el carácter de navieros respecto de terceras personas, aunque fueran meros consignatarios relativamente á alguna Compañía comercial sin residencia en Chile, queda eliminada *de facto* la cuestión referente á la causal de casación que se funda en la infracción del inciso 2º del artículo 468 del Código de Comercio, pues, aparte de carecer de influencia decisiva acerca del fallo de la causa, la responsabilidad juzgada por la sentencia recurrida no se refiere á hechos ejecutados por mandantes ó comitentes extranjeros de que deban responder sus agentes en Chile, sino como se ha visto á actos del capitán de una nave que obliga á su propio naviero, ó sea en este caso el recurrente que asumió de hecho tal carácter; y

6º Y que de este modo no aparecen infringidos los artículos 2116, 2136 y 2329 del Código Civil, y 468, 960, 968, 1130 y 1134 del de Comercio. Vísto además los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha con costas el recurso de casación deducido. Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—J. Bernales.—L. R. Mora.*

Cas. en la forma.—10 de abril 1907.

Osorio con Roncatti

Reclamación oportuna del vicio.—Reserva de derecho.—Decisiones contradictorias.

DOCTRINA:—*Es improcedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que se funda en una causal que, en caso de existir, importaría un vicio en que habría incurrido la sentencia de primera instancia, no reclamado por el recurrente.*

La sentencia de segunda instancia, que confirma la de primera que desechó la demanda, y reserva al demandante "otros derechos que pueda hacer valer", no contiene decisiones contradictorias porque la reserva se refiere á "otros derechos", los cuales por tanto no pueden ser los mismos que se han ejercitado en el juicio.

Don Leonidas Osorio demandando á don Alberto Roncatti dice: que compró á este señor por escritura pública y en la suma de $ 25,000 sus derechos en la sociedad comercial Montefusco y Roncatti, en conformidad al balance practicado y del cual se entregó una copia al comprador; pero ha resultado al comprobar ese balance en los libros, que adolece de omisiones, inexactitudes y errores que representan un valor de $ 4.628,50, en cuestión de los derechos adquiridos por el demandante y un grave perjuicio para sus intereses. Así por ejemplo no aparecen abonados á derecho : $ 466,82 que debían abonarse, se hizo figurar en el inventario créditos prescritos é incobrables por $ 2.931,80; se fijó la suma de $ 3.945,60 como saldo á favor del Banco de Concepción cuando su verdadero valor era de $ 4.400,97. Atendido el interés que el vendedor tenía en la Sociedad Montefusco y Roncatti, debe responder al comprador por

el 64.32% del valor de las partidas citadas. Invoca las disposiciones de los artículos 154 del Código de Comercio, 1828 y 1860 del Código Civil, y pide que del precio de venta se rebaje la suma que importan los vicios ocultos ó sea la diferencia anotada, con indemnización de perjuicios conforme al artículo 1861 del segundo Código citado, diferencia que alcanza á $ 2.977,05. Además, habiendo cedido al demandado en parte de precio un crédito de $ 20.000, estando pendiente un período de intereses, se convino en que devolvería la mitad de sus intereses ó sea la suma de $ 311,08.

Termina pidiendo se declare que el demandado debe pagarle la suma de $ 2 977,05 correspondiente al 64.32% de su haber en la Sociedad Montefusco y Roncatti, cantidad que percibió de más; los perjuicios causados; y, la cantidad de $ 311,08 correspondientes á la mitad de los intereses del crédito cedido y las costas de la causa.

Contestando el señor Roncatti pide se deseche la demanda con costas.

Osorio le compró su derecho en la sociedad con perfecto conocimiento del negocio y sus antecedentes y convencido del brillante negocio que realizaba por los resultados de los balances de los años anteriores

Sostiene que en manera alguna puede caberle responsabilidad respecto de un negocio por estar finiquitado y concluido, y de paso advierte, que según la escritura de sociedad solo le correspondían la mitad de las pérdidas ó ganancias, y no la cuota que separa el demandante.

Este por escritura pública que acompaña, confesó que reconocía los pagos hechos por cuentas que no figuraban en el inventario con que Montefusco y Roncatti entregó la fábrica.

Tan perfecta y firme encontró las negociaciones el señor Osorio que luego disolvió la sociedad y formó otra sobre la misma base.

El artículo 154 del Código de Comercio en que se funda la demanda es inaplicable, pues se refiere á mercaderías, y si fuera aplicable obstaría á ello lo dispuesto en el artículo 158. Por escrituras posteriores se estipuló que el activo y pasivo de la Sociedad Montefusco y Roncatti, pasaban á la nueva sociedad, siempre que el pasivo no excediera de $ 14 500, después se aumentó ese límite á $ 19 000 y tantos.

Se vé que Osorio aceptó la compra, la disolución y la constitución de la nueva sociedad sin reclamo contra nadie.

Niega las irregularidades por falta de abonos á deudores. La casa tenía cobrador á quien se daba recibo por las cantidades que entregaba y si el demandado percibió alguna por giro ó abono sin que se hiciera la anotación correspondiente, está dispuesto á devolver su valor siempre que se compruebe el hecho.

Las omisiones por abono se refieren á la devolución de envases que hacían los clientes, sobre la cual existe una libreta que pasó á la nueva sociedad.

Los errores en la deuda provienen de que el demandante quiso comprar antes del balance anual. Así el error en la cuenta del Banco provenían de que no se habían liquidado los intereses.

La precipitación con que se hizo la venta el 26 de diciembre no dió lugar á que se pagaran las facturas, antes de fin de año.

En cuanto á créditos prescritos ó incobrables, nada puede saberse antes de las gestiones para hacerlos efectivos. Sirven á este la disposición del artículo 1907 del Código Civil.

Respecto á perjuicios conforme al artículo 1861 citado, no ha habido vicios, el comprador intervino en el inventario y es industrial y hombre de negocios. Y si el demandante habla de omisiones, el vendedor puede citar varias partidas no consignadas que aumentaron el activo en más de $ 600.

Niega que haya habido convenio para entregarle la mitad de los intereses del crédito que recibió en parte de pago, intereses que corresponden al dueño del crédito.

En la réplica el señor Osorio insiste en sus peticiones y amplía su demanda.

Niega haber introducido modificaciones en el inventario, que él exigió para proceder á la compra de los derechos de Roncatti en la sociedad, y sobre cuya base se decidió á entrar en el negocio, como lo expresa la escritura. Habiendo disconformidad entre el inventario

y el verdadero estado de la sociedad, ha habido engaño de parte del vendedor.

Nada significa que haya verificado actos relacionados con la parte adquirida de la Fábrica de Fideos.

Observa que el demandado acepta la demanda cuando expone que devolverá las cantidades que se le compruebe que haya recibido sin anotarlas en los libros ó en el inventario.

Amplía la demanda para que se declare que Roncatti debe pagarle $ 3.588,49 por haberse vendido su crédito contra la sociedad en $ 8.950,86 con protesta de conformarse con el monto que el inventario fijara para dicho crédito, monto que aparece fijado en $ 5.362 39 centavos, y como se pagó $ 8.950,86 debe la diferencia.

Duplicando Roncatti reitera sus peticiones y solicita que se deseche la ampliación de la demanda con costas.

Repite que la venta está finiquitada y que el negocio ha sido ventajoso para el comprador, como lo prueba el hecho de que en la contestación manifiesta que le conviene dejarlo vijente.

Respecto á la ampliación dice que son falsas las aseveraciones del señor Osorio. Se sabía y se fijó en el inventario que su crédito contra la sociedad era por una parte $ 5.362, 39 centavos, y por otra $ 3.588,49 que la sociedad debía á don Carlos Maggi y que el vendedor se comprometió á pagar, como efectivamente lo hizo. Expuso el origen de esa deuda y los motivos porque quiso hacerla suya. Todo esto está reconocido por el socio Montefusco que entró á formar parte de la nueva sociedad.

El señor Osorio recibió de manos del demandado los pagarées de Maggi cancelados y le causó profunda sorpresa la pretensión formulada en el escrito que contesta.

La causa se recibió á prueba y se fijaron los puntos sobre los cuales debia recaer, rindiéndose la que expresan las actas de fs. 67, 61 y 135.

Las partes alegaron de bien probado y se citó para sentencia.

El Juzgado de Concepción resolvió con fecha 8 de mayo de 1905.

Teniendo presente:

1º Que en la demanda se ejercita la acción que concede el artículo 154 del Código de Comercio;

2º Que esta acción, según las palabras del artículo compete al comprador de mercaderías, y el demandante compró derechos en una sociedad.

Por estos fundamentos y conforme á la disposición citada y á lo prescrito en el artículo 1698 del Código Civil, se declara que no ha lugar á la demanda ni á su ampliación, sin costas por haber habido motivo plausible para litigar; y que es inoficioso pronunciarse sobre las tachas.

Las partes son comerciantes de este domicilio.—*Salas.*

Apelada esta sentencia la Corte de Apelaciones resolvió:

Concepción, 12 de julio de 1906.—Aceptando la parte expositiva de la sentencia apelada y teniendo además presente que los artículos del Código Civil que invocan también en la demanda aparecen citados en concordancia con el 154 del Código de Comercio que sirve de base á la acción instaurada, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil; se confirma la referida sentencia de 8 de mayo de 1905, reservándose al demandante otros derechos que pueda hacer valer.—*Julio Zenteno B.—Manuel Rodríguez.—J. Guillermo Mackay.*

Contra esta sentencia don Leonidas Osorio dedujo recurso de casación en la forma por las causales siguientes:

1º El fallo ha omitido las consideraciones de derecho que sirven de fundamento á la sentencia, principalmente en lo que se refiere á la ampliación de la demanda;

2º Dicha resolución contiene decisiones contradictorias; motivos de casación ámbos señalados en el artículo 193 número 4º del Código de Procedimiento Civil y números 5º y 7º del artículo 941 del mismo Código. En efecto, la enunciación de las consideraciones de derecho ha sido omitida en cuanto á la ampliación de la demanda, puesto que no se ha aducido ninguna para rechazar dicha ampliación.

En cuanto á la segunda causal el fallo impugnado reservó ciertos derechos que el recu-

rrente pudiera hacer valer. Pues bien, esta reserva de derechos es manifiestamente contradictoria con la denegación de la ampliación de la demanda.

En cualquier sentido, agrega el reclamante, que quisiera hacer valer los derechos que le reserva, éstos estarían ya fallados por el Tribunal de Alzada, dando margen en todo caso á la alegación de cosa juzgada, y esta circunstancia haría del todo ilusorios los derechos reservados, dejando de manifiesto la contradicción entre la reserva de derechos y el fondo de la misma cuestión; es decir, entre lo resuelto respecto de la acción deducida en la demanda y lo que se resuelve respecto de la ampliación.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la sentencia de primera instancia desechó la demanda y la ampliación de ella en virtud de los fundamentos que dicho fallo establece, y la segunda instancia se ha limitado á confirmar con la reserva de derechos que expresa en su parte final;

2º Que aun cuando se suponga que las consideraciones que sirven de fundamento á la sentencia mencionada no se refieren á la ampliación de la demanda, no se habría reclamado oportunamente de este defecto del modo que prescribe el artículo 946 del Código de Procediento Civil cuando se dictó el fallo de primera instancia;

3º Que no hay tampoco mérito para establecer que el fallo impugnado contenga decisiones contradictorias, desde que la reserva se refiere á otros derechos, los cuales por tanto no pueden ser los mismos que los que se han ejercitado en este juicio.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el presente recurso. Se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Bernales. — *Carlos Varas.* — *J. Gabriel Palma Guzmán.*—*V. Aguirre V.*—*J. Bernales.*

Cas. en la forma.—11 de abril de 1907

Rodríguez con Fernández

Interdicto posesorio especial. - Camino público. — Acueducto — Acción popular. —Cosa juzgada.

DOCTRINA:—*Para que la excepción de cosa juzgada pueda servir de fundamento á un recurso de casación en la forma, es indispensable que ella haya sido alegada oportunamente en el juicio.*

Don Eduardo Rodríguez Herrera, dedujo interdictos posesorios contra la sucesión de don Luis Fernández Bernales, representada por su viuda Valenzuela de Bernales, quién es guardadora además de su único hijo don Luis Valentín Fernández Valenzuela, y fundando las acciones deducidas dice:

Que su esposa doña Beatriz Moreno de Rodríguez es dueña del fundo "La Ventana" ubicado en Teno, fundo que está dividido en dos porciones por un camino que corre de Sur á Norte y se denomina de Abalos; que el camino nombrado lo ha utilizado siempre "La Ventana" para conducir las aguas de la sección Oriente, por medio de acequias regadoras que las llevan á la parte Poniente; y también lo ha utilizado para el tráfico de personas, animales, carretas, etc.; que en el mes de octubre don Luis Fernández Bernales, sin el conocimiento del señor Rodríguez y sin que mediara resolución judicial alguna ni permiso de la autoridad local, construyó un acueducto que teniendo su origen en la vía Teno, sigue paralelamente por el camino de Abalos, hasta el fundo "Cerrillo". Con esta obra, se ha estrechado el camino haciendo dificultoso el tráfico y ha impedido que las aguas que vienen de la parte Oriente del fundo "La Ventana", se aprovechen en el regadío de la sección Poniente, pues caen en el acueducto construido por el señor Fernández ó retroceden inundando los potreros y casas de inquilinos. Que por esta causa, el señor Rodríguez tiene

derecho para pedir, en conformidad al artículo 936 del Código Civil, que se destruya el canal; y

Que habiendo construido el canal en contravención á lo dispuesto en la ley del año 1842 y violando lo dispuesto en los artículos 598 y 599 del Código Civil, tiene también derecho el señor Rodríguez, para deducir las acciones que concede el artículo 948 del Código citado. Pide que se proceda á la inmediata destrucción del acueducto construido en el camino de Abalos, que se le indemnicen los perjuicios causados, y se le paguen las costas.

Se practicó inspección personal del Tribunal y se presentaron informes periciales.

El Juzgado de Curicó, con fecha 4 de septiembre de 1906 resolvió:

Considerando:

Que la acción popular que otorga el artículo 948 del Código Civil, es para asegurar el tránsito de los caminos, plazas ú otros lugares de uso público, y no aparece de autos establecido que con la construcción del canal de que se trata, se haya comprometido la seguridad de los que transitan por el camino en la parte que lo recorre el canal, para que pueda proceder acción popular, en el sentido que lo hace la querella;

Que las disposiciones de la ley de caminos, caso de estar vigentes, en la parte citada por el querellante estarían subordinadas, en cuanto al ejercicio del derecho que se persigue, á lo que estatuye el artículo antes indicado del Código Civil y ya se ha visto, que, en el punto propuesto, no corresponde acción popular;

Que de los informes de los peritos señores Montauban y Guzmán, y de la inspección ocular practicada, se deduce que para dejar el canal en forma que no cause perjuicios, habría solo que hacer modificaciones en la obra de que es objeto la querella; y no hay mérito bastante, que manifieste la necesidad de deshacer el canal, para que no se prive al recurrente del beneficio de las aguas que le pertenecen, ó para que no se derramen sobre sus suelos ó lo humedezcan, estancándose.

Que aunque, procedería, como se ha visto, ordenar la modificación de la obra ó hacer construcciones para impedir todo perjuicio, el juzgado, en el presente caso se abstiene de hacerlo, porque el querellante ha pedido la destrucción del acueducto, y no su reparación ó modificación parcial para evitar los daños consiguientes. A mérito de lo expuesto, se declara: que no ha lugar con costas, á la querella.—*Antonio Ibar.*

Apelada esta resolución la Corte de Apelación falló:

Santiago, 23 de Noviembre de 1906.—Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada de 4 de septiembre último y teniendo presente:

1º Que en el escrito se deducen dos acciones: las que conceden los artículos 948 y 936 del Código Civil;

2º Que la primera de dichas acciones puede deducirla cualquiera persona del pueblo en favor de los caminos, para la seguridad de los que transitan por ellos y, naturalmente, para impedir que se construyan en ellos obras que perjudiquen su cabida, pavimento y demás condiciones necesarias á la comodidad del tránsito y conservación del suelo;

3º Que la indicada acción popular puede deducirse sin perjuicio de las que competen á los inmediatos interesados, como lo es el querellante en el presente caso, y por esto ha formulado también la que concede el artículo 936 del Código ya citado;

4º Que consta del expediente acompañado, croquis y sentencia que el camino "Lo Avalos" es público, que une y comunica el de "La Puerta" con los que van al "Huaico" y "Quilvo", ó sea á lugares, villas ó ciudades, que es lo que caracteriza al camino público, y, por consiguiente, procede la acción popular;

5º Que consta de autos que el canal construido por el señor Fernández B., en octubre de 1905, corre paralelo al citado camino "Lo Avalos", contrariando lo dispuesto por el artículo 25 de la lei de 17 de diciembre de 1842, que prohibe tales construcciones de un modo expreso; origina la destrucción de los bordes del canal por la falta de desnivel, ocasiona los anegamientos y lagunas que son la consecuencia necesaria, y produce así la inseguridad del tránsito;

6º Que del informe del perito don Raúl

Montauban, nombrado por el juez, aparece que el canal construido por el señor Fernández B. carece de nivel; que las aguas se estancan, humedecen el suelo y aun lo envegan; que en una parte retroceden las aguas con que se riega el fundo "La Ventana" del querellante, detenidas por las que corren por aquel canal, produciéndose el envegamiento del suelo; todo lo cual hace procedente la acción producida para que se borre un canal construido con infracción de la lei de 17 de diciembre, ya citada, y del artículo 936 del Código Civil; y

7° Que de autos aparecen justificados, como ya se ha dicho, la mala construcción de la obra, su ubicación paralela al camino, y los perjuicios que ocasiona al requirente.

Por estos fundamentos; lo que, ademas disponen los artículos 949 y 1698 del Código Civil, 714 y 733 del de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada y se declara: que ha lugar á la querella, con costas.

Redactada por el señor Ministro don José T. Marin.—*Darío Benavente.—José T. Marín.—Felipe Herrera.*

Contra esta sentencia la parte querellada ha interpuesto recurso de casación en la forma y en el fondo y formalizando el primero sostiene que aquella ha sido expedida contra la pronunciada por la misma Corte, con fecha 10 de marzo de 1906, confirmando el fallo de primera instancia, recaído en juicio seguido entre las mismas partes, sobre denuncio de obra nueva y relativa á los mismos hechos materia del pleito actual, lo que constituye la causal de casación prevista en el número 6º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, que fué oportunamente alegada.

La Corte

Teniendo presente:

Que para que la excepción de cosa juzgada pueda servir de fundamento á la aceptación de un recurso de casación en la forma, como en el de que se trata, es indispensable, conforme á lo dispuesto en el número 6º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, que ella haya sido alegada oportunamente en el juicio, lo que no aparece que haya ocurrido en el caso en cuestión.

Visto ademas lo dispuesto en los artículos 990 y 979 del citado Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar al recurso de casación en la forma interpuesto por la sucesión de don Luis Fernández Bernales contra la ya indicada sentencia de 23 de noviembre de 1906.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gaete.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—L. R. Mora.*

Cas. en la forma.—17 de abril de 1907

Del Canto v. de Núñez con Núñez

Ultra-petita. — Decisiones contradictorias. — Documentos; su agregación.—Citación de la parte contraria.

DOCTRINA:—*Interpuesta una demanda en contra de una testamentaría representada por el cónyuge sobreviviente y por los herederos instituidos en el testamento, á fin de obtener el pago de una deuda hereditaria, no falla "ultra petita" la sentencia de segunda instancia que confirma la de primera con declaración de que ha lugar también á la demanda en contra del cónyuge sobreviviente, quien deberá contribuir al pago de la deuda con su cuota correspondiente, ya que era éste un punto sometido á la decisión del tribunal sentenciador.*

No contiene decisiones contradictorias la sentencia de segunda instancia que, al confirmar la de primera que establecía que tres herederos debían pagar el valor de un documento por iguales partes, agrega que el cónyuge sobreviviente

debe contribuir también al pago de esa deuda con su cuota correspondiente.

No puede pedirse la nulidad de un fallo fundándose en que se agregó un documento á los autos en segunda instancia sin citación de la parte contraria, si en el escrito de expresión de agravios que se acompañó este documento se pidió que se tuviera presente con citación de la parte contraria y ésta fué notificada de la providencia recaída en ese escrito y si, á mayor abundamiento, esta misma parte, en su respuesta á la expresión de agravios, formuló diversas observaciones relacionadas con el mencionado documento, pues, en realidad se llenaron ampliamente los fines con que la ley prescribe la citación de las partes sin que pueda aseverarse que el tribunal consideró en el fallo recurrido un antecedente del cual no tuvieron las partes pleno y oportuno conocimiento.

No es causal bastante de casación la agregación á los autos, sin citación de la parte contra quien se presenta, de un documento dejado en la vista de la causa por el abogado de la parte contraria, si esta agregación no se ha hecho por orden del tribunal librada á solicitud de parte y si el fallo recurrido no se funda en ese documento ni hace referencia á él.

Doña Ana María del Canto v. de Núñez, en autos con don Domingo Núñez, sobre cobro de pesos, interpuso los recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de 16 de noviembre de 1906 pronunciada por la Corte de Apelaciones de la Serena.

En el escrito de formalización del primero de dichos recursos, aduce las siguientes causales:

1ª Haber sido dada la sentencia de la Corte *ultra petita*, esto es, otorgando más de lo pedido por las partes, y extendiéndola á puntos no sometidos á la decisión del Tribunal, causal consignada en el artículo 941 número 4º del Código de Procedimiento Civil. Afirma la recurrente que la demanda por cobro de pesos que inició este juicio, fué interpuesta por don Domingo Núñez contra la testamentaría de don Daniel Núñez C., de la cual es miembro doña Ana María del Canto v. de Núñez; pero no se ha dirigido contra la sociedad conyugal habida entre estos últimos; y, sin embargo, la sentencia de la Corte, en virtud de la demanda promovida contra la sucesión ó testamentaría de don Daniel Núñez, condena á la expresada cónyuge á concurrir al pago de una supuesta deuda hereditaria de dicha sucesión, con la parte de gananciales que le quepa en la sociedad conyugal habida con don Daniel Núñez.

2º Contener el fallo recurrido decisiones contradictorias (arts. 941, núm. 7º del Código de Procedimiento Civil).

Exponiendo esta causal, dice que la sentencia de que recurre, al mismo tiempo que confirma la de primera instancia, según la cual el valor del documento deben pagarlo las señoritas Ana, Rosario y Rosa Núñez C. por iguales partes, declara que la cónyuge deberá contribuir al pago de lo demandado con su cuota, sin designarla. Como la sentencia de la Corte, agrega, no ha modificado el fallo de primera instancia en cuanto á la cuota que corresponde en la supuesta deuda á las señoritas Núñez, formando las cuotas de las tres la unidad, es contradictorio establecer la concurrencia de una cuarta cuota que no cabe dentro de la unidad.

3º Haberse faltado á trámites ó diligencias que la ley declara esenciales, y por cuyo defecto previene expresamente que hay nulidad (arts. 941 núm. 9º y 970 núm. 3º del Código de Procedimiento Civil). Fundando esta causal, expone:

El documento, copia de la hijuela de doña Ana María del Canto de Núñez, fué dejado por el abogado del contendor, en la vista de la causa, sobre el pupitre según lo manifiesta en el escrito de formalización del recurso, y ha sido agregado á los autos, no sólo sin citación sino también sin conocimiento de su parte, contra la cual se presentó. Este hecho

consta fehacientemente de autos, ya que después de ese documento, no aparece notificación alguna hecha á la recurrente, fuera de la notificación de la sentencia. Además, el cuaderno que acompañó don Domingo Núñez, por un otrosí de su escrito de expresión de agravios y al que se refiere repetidas veces el fallo de la Corte, también se agregó á los autos sin citación de su parte, como se ve en el proveído de dicho otrosí, que dice solamente: "Téngase presente". Se ha omitido así, respecto de ambos documentos, presentados contra la demanda, el trámite de la citación, que es esencial en la segunda instancia, en los juicios de mayor cuantía, según el artículo 970 número 3º del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Considerando:

1º Que la demanda fué dirigida contra la testamentaría de don Daniel Núñez Carabantes, representada por doña Ana María del Canto, como cónyuge sobreviviente y por los herederos instituidos en la cláusula 6ª del testamento de modo que la recurrente ha litigado en este juicio en su calidad de miembro de la sociedad conyugal habida entre ella y el testador. En ese carácter la ha considerado el fallo de la Corte de Apelaciones al confirmar la sentencia apelada con declaración de que ha lugar á la demanda también en contra de doña Ana María del Canto, quien deberá contribuir al pago de la deuda con su cuota correspondiente, y siempre que ella cupiese entre los gananciales que hubiese percibido ó percibiese en la respectiva liquidación de la sociedad conyugal con su marido don Daniel Núñez C.;

2º Que habiéndose demandado á doña Ana María del Canto como cónyuge sobreviviente de don Daniel Núñez C., á fin de hacer efectivas en su contra, responsabilidades que á juicio del demandante provienen de una deuda que estima, en la parte que á ella corresponde, de cargo de la referida sociedad conyugal, ha podido la Corte de Apelaciones, sin expedir un fallo "ultra petita", por tratarse de un punto sometido á la decisión del Tribunal sentenciador, hacer sobre él la declaración trascrita en el considerando anterior, sobre cuya legalidad no correspondería pronunciarse á este Tribunal al conocer del recurso de casación en la forma;

3º Que de los autos aparece que la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones no contiene decisiones contradictorias, pues, al confirmar la resolución de primera instancia, en cuya virtud debían pagar el valor del documento, las tres hermanas del testador por iguales partes, declara que la cónyuge de éste deberá contribuir al pago de lo demandado con su cuota correspondiente, de manera que son lógicamente conciliables ambas decisiones;

4º Que el cuaderno perteneciente á don Daniel Núñez Carabantes, cuyo mérito probatorio invoca la sentencia recurrida, fué acompañado al escrito de expresión de agravios y en el otrosí de esa solicitud se pidió que se tuviera presente, con citación de doña María del Canto, el día de la vista de la causa, y el representante de esta última fué notificado, según consta de la providencia recaída en aquel escrito. A mayor abundamiento, el procurador de doña María del Canto, respondiendo á la expresión de agravios, formuló diversas observaciones relacionadas con el mencionado cuaderno, de modo que los fines de la ley prescribe el trámite de citación de las partes que tratándose de estos documentos, han sido llenados ampliamente, sin que pueda aseverarse que el Tribunal consideró en el fallo recurrido un antecedente del cual no tuvieran las partes pleno y oportuno conocimiento; y

5º Que el documento copia de la hijuela de doña Ana María del Canto de Núñez en la partición de los bienes de don Rafael del Canto y de doña Rufina del Campo, no aparece agregado á los autos por orden del Tribunal de segunda instancia, librada á solicitud de alguna de las partes, en cuyo caso habría debido llenarse el trámite de la citación á que se refiere el número 3º del artículo 970 del Código de Procedimiento Civil, y, por otra parte, la Corte de Apelaciones no se funda en el mérito de ese documento, ni hace referencia á él, de modo que no habiéndolo tomado en consideración el fallo recurrido, no puede ale-

garse que la agregación del citado documento en los términos relacionados constituye una causal de casación en la forma que autorice para invalidar lo resuelto por el Tribunal de segunda instancia.

Y visto lo dispuesto en los artículos 978, 979 y 960 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar, con costas, al recurso de casación en la forma, deducido por doña Ana María del Canto, en contra de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de La Serena en 16 de noviembre de 1906.

Se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gallardo. —*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—22 de abril de 1907

Sucesión Lavín con Villarroel y otros

Reclamación oportuna del vicio.—Ultra-petita

DOCTRINA:—*No es procedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia por defectos ó vicios de forma en que se pudo incurrir en la de primera instancia y de que no se reclamó oportunamente.*

En el juicio seguido por la sucesión de don Juan Pablo Lavín contra don Arturo Villarroel, los Establecimientos de Beneficencia y don Alfredo Goicolea Villarroel sobre reivindicación de estacas salitreras, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 21 de noviembre de 1906, confirmó la resolución de primera instancia que acogió la demanda deducida por la sucesión de Lavín y la reconvención de Villarroel en cuanto la parte contraria debe satisfacerle los gastos que aquel hizo con motivo de una expedición al desierto.

Respecto de dicha sentencia, el procurador de los Establecimientos de Beneficencia ha interpuesto recurso de casación en la forma y en el fondo, y formalizando el primero sostiene que aquella ha sido dada *ultra-petita* extendiéndola á puntos que no fueron debatidos en primera instancia y que no han sido materia de la litis, como es la validez ó nulidad de las enajenaciones de las salitreras hechas por Villarroel á don Abraham König, por König á Villarroel y las que éste mismo otorgó en favor de la Beneficencia y de don Luis Goicolea. El demandante declaró reiteradamente que no quería discutir estos puntos que no formaban parte de su demanda, y no obstante, la Corte ha declarado la nulidad de esos contratos, no teniendo facultad para proceder de oficio, con todo lo cual se ha infringido el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil é incurrídose en la causa de casación indicada en el número 4º del artículo 941 del mismo Código.

La Corte:

Considerando:

1º Que, dada la naturaleza del asunto, los considerandos de la sentencia recurrida no importan modificación de su parte resolutiva que se limita á confirmar el fallo de primera instancia; y

2º Que el vicio de casación alegado, en caso de existir, habríase cometido en el pronunciamiento de dicho fallo, del cual no se reclamó con la oportunidad prescrita por el artículo 946 del Código de Procedimiento Civil; y, por tanto, debe entenderse que toda causal fundada en ese vicio fué implícitamente renunciada por la parte que tuvo derecho para deducirla. Visto el referido artículo se declara sin lugar el recurso de casación en la forma interpuesto en nombre de los Establecimientos de Beneficencia, que gozan de privilegio de pobreza.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—19 de abril de 1907

Humeres de Rodríguez con Rodríguez

Matrimonio; situación normal y anormal. — Divorcio. Cónyuges, sus deberes.— Marido.—Mujer casada. - Hijos.—Alimentos.—Sociedad conyugal; su administración.

DOCTRINA:—*Es deber de los cónyuges el ayudarse y socorrerse mútuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido debe suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades, no sólo en la situación anormal de la sociedad conyugal, sino también en el estado normal del matrimonio.*

Si el marido, en el estado normal del matrimonio se niega á dar á la mujer lo necesario según sus facultades, para su mantención y la de los hijos que viven á su lado, puede la mujer exigir judicialmente el cumplimiento de esta obligación.

El divorcio no es el medio legal de que deba forzosamente hacer uso la mujer para obligar á su marido á que la alimente; puede ella exigir judicialmente por acción ordinaria el cumplimiento de esta obligación alimenticia.

Si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley le confiere no le autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio, restableciendo el régimen correcto y legal y ordenando al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por la ley tienen derecho.

Doña Josefina Humeres de Rodríguez se presentó al Juzgado de Letras de Quillota en 22 de diciembre de 1900 exponiendo: que desde hace ya treinta años es casada con don Martín Rodríguez; que de ese matrimonio ha tenido dieziseis hijos, de los cuales viven once entre ellos siete son menores de edad y viven á su lado.

Por dificultades de carácter de su marido se ha visto obligada á dejar el hogar para evitar mayores desgracias, pero como no era prudente prolongar esta situación, cuando había quedado allí una de sus hijas, regresó á él.

Pues bien desde su llegada á la casa conyugal su marido la ha privado del alimento á ella y á sus hijos, hasta el extremo de no darles un solo centavo.

Como no es posible, agrega, que continúe una situación semejante, que es atentatoria de la existencia y contraria al precepto claro y terminante de la ley, se presenta al Juzgado solicitando la protección que aquella le acuerda.

Invoca en apoyo de su solicitud los artículos 102, 131 y 134 del Código Civil, en cuanto á ella, y en lo relativo á sus hijos las disposiciones de los artículos 222 y 228 del mismo Código para pedir se declare que su marido don Mariano Rodríguez debe suministrar la cantidad de $ 200 para sus alimentos y los de sus siete hijos que viven á su lado durante un mes, y la misma cantidad todos los primeros de cada mes, bajo apercibimiento de embargo.

Don Martín Rodríguez, en cuyo conocimiento se puso la expresada solicitud, niega que su mujer haya tenido motivo alguno para abandonar el hogar de la familia de la cual es jefe y que atiende en proporción á sus facultades y á los de la sociedad conyugal.

Durante la ausencia de su señora y de algu-

nos de sus hijos los asistió como lo permitían sus recursos, y sigue cumpliendo con su deber como lo prescriben los artículos 102 y 131 del Código Civil, y conformándose tambien á lo que dispone el artículo 134 del mismo Código. En ningún caso podría la señora Humeres reclamar alimentos para los hijos como lo hace, porque están asistidos por él, á quién le están sometidos especialmente según el artículo 219 del Código Civil; y porque ejerce sobre ellos la patria potestad con excepción de los que están emancipados. Pide, en consecuencia, se niegue lugar á la solicitud de la señora Humeres de Rodríguez.

Después de rendida la prueba que consta en autos, el Juzgado de Quillota con fecha 6 de febrero de 1901 resolvió.

Teniendo presente:

1º Que consta de autos que la señora Humeres, esposa legítima de don Martín Rodríguez vive desde el 19 de diciembre de 1900 en la casa ú hogar conyugal con sus siete hijos, habidos en el matrimonio, después de haber vivido con sus hijos en casa aparte durante un año, por mutuo acuerdo ó consentimiento de los cónyuges.

2º Que la señora Humeres afirma que desde que volvió á la casa conyugal con sus hijos su esposo no le da para su alimentación y sostenimiento.

3º Que el señor Rodríguez á pesar de haber afirmado en el escrito que proporciona á su esposa é hijos lo necesario para su alimentación, confiesa absolviendo la cuarta pregunta de las posiciones que desde que su esposa llegó á su casa solo un día dió dos pesos para los gastos de la casa, y que después no ha dado nada porque su esposa no le ha pedido ni quiere recibir en la forma que él quiere, es decir dando á las sirvientes el valor del gasto, sin conocimiento ni intervención de su esposa.

4º Que consta que los cónyuges señor Rodríguez y señora Humeres no están divorciados ni separados de bienes.

5º Que los cónyuges están obligados á guardarse fe, socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida; y el marido debe suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades y como jefe de la sociedad conyugal, es obligado á subvenir al mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y al pago de toda otra carga de familia.

6º Que consta de la confesión de la señora Humeres que durante el tiempo que vivió con sus siete hijos en casa aparte, su esposo le daba dos pesos diarios.

7º Que el señor Rodríguez confiesa que ahora la señora Humeres vive en el hogar conyugal con siete hijos de ambos cónyuges.

8º Que consta de la confesión del señor Rodríguez que tiene una casa con fundo en la calle Larga y otra en "Lo López", gravando los fundos algunas deudas.

9º Que dado el mérito de la prueba y antecedentes que obran, puede estimarse prudencialmente que el señor Rodríguez puede suministrar para alimentación de su esposa y de sus siete hijos la suma de $ 150 mensuales, sin incluir en ellas las demás cargas de familia.

10. Que dada la resistencia del señor Rodríguez para subvenir al mantenimiento de su cónyuge y demás familia, la situación en que se encuentran sin estar divorciados ni separados de bienes, y la naturaleza de la obligación que se demanda, el Juez debe regular la cantidad que debe suministrar el marido, en consideración á los bienes sociales.

Fundado en tales razones y visto lo dispuesto en los artículos 1698, 1713, 131, 134, 135 y 1740 número 5º del Código Civil, se declara que ha lugar á lo pedido por doña Josefina Humeres respecto á que su esposo debe darle dentro de un segundo día la suma de $ 200, y los primeros de cada mes la suma de $ 150 para el mantenimiento de su esposa y de sus siete hijos bajo apercibimiento de embargo.

No ha lugar por ahora al alzamiento de las medidas precautorias solicitadas en el primer otrosí del escrito.—*Aspillaga*.

Apelada esta resolución por don Martín Rodríguez, le fué concedida la apelación en el efecto devolutivo.

El 24 de mayo de 1904 doña Josefina Humeres presentó al juzgado una nueva solicitud en la cual expone: que á la fecha de la sentencia aludida la situación de la sociedad conyugal era muy diversa á la actual; pues

entonces se adeudaba la suma de $ 31.485,36 al Banco Chileno Garantizador de Valores, una parte con garantía hipotecaria del fundo "Lo López" y del denominado "Cancha de Santa Ana", y la otra al Banco de Chile; que ahora la deuda hipotecaria del Banco Garantizador ha quedado reducida á la suma de $ 660 en bonos del 6%; de manera que la situación de su marido señor Rodríguez es mucho más holgada que en 1901; que al contrario, la situación de ella y la de sus hijos que viven con ella es de angustiosa pobreza, pues los $ 150 mensuales no alcanzan materialmente para los gastos de su alimentación y la de seis hijos al extremo de haber tenido que contraer deudas con el carnicero Ramón Briones por $ 1.200 de carne suministrada, y con doña Carlota Vásquez por $ 150; que su esposo sólo llega de noche á la casa y hace muchos años á que no se hablan; que la situación económica del señor Rodríguez le permite darle el doble de lo que hoy ella recibe como pensión alimenticia, y de esta manera podría educar y mantener á sus hijos. Aprecia en $ 59.000 el valor de las propiedades adquiridas durante la sociedad conyugal sin contar el valor de una casa que ella adquirió por herencia estimada en $ 4.848, advirtiendo que la tasación municipal asignada á las propiedades es siempre inferior de un 50 % que calcula en $ 7.234 la renta anual de su marido, de manera que bien puede darle $ 300 mensuales para su mantenimiento, y el de sus hijos, como asímismo para la educación y vestuario de éstos.

Agrega que su situación es insostenible; y en mérito de lo manifestado y de lo dispuesto en los artículos 228, 1740, 321, 323, 324 y 230 del Código Civil, pide que modificándose la sentencia recordada, y procediendo breve y sumariamente se declare, que su marido don Martín Rodríguez debe darle por mensualidades anticipadas á contar desde el 24 de mayo de 1904 la suma de $ 300 para atender con ella á la mantención de sus hijos y á su propia subsistencia. Pide además que el señor Rodríguez le entregue la suma de $ 1.350 para cancelar lo que ella adeuda á don Ramón Briones y á doña Carlota Vásquez.

Don Martín Rodríguez contestando pide: 1º que se deseche la petición sobre aumento de la actual mesada y que se acoja la reconvención que deduce á fin de que se declare que la mesada debe reducirse á $ 100; 2º Que se declare que la señora Humeres no tiene facultad para contraer deudas, y que todas ellas deben ser de su exclusiva responsabilidad.

Dice que los gastos de familia de la señora Humeres en vez de haber aumentado han disminuido considerablemente; pues los hijos Alamiro y Ottoniel viven de su trabajo personal y no reciben un centavo para vestuario y sólo se les da la alimentación; que el hijo Enrique vive fuera de la casa, trabaja y se alimenta de sus propios recursos; y que el hijo Luis es casado y mayor de edad, agregándose que es pernicioso en la casa por su mala conducta; que en realidad de verdad la familia está reducida á tres hijas mujeres, que ya han pasado la edad de colegio; que para esta familia juzga bastante la mesada, siendo público y notorio el estado de decencia con que andan las niñas; así es que ó bien estos gastos son costeados con la mesada ó por el padre. Agrega que el padre da á las hijas cuanto necesitan y le piden: médico, botica, dentista, etc.

En orden al valor de las propiedades dice que en Quillota su valor ha disminuido; que en la finca "Santa Ana" se arrancó la viña para sustituirla por arboleda, cuya producción aún no es envidiable; que la propiedad "Lo López" conserva una pequeña parte de viña cuya producción es nula y su licor de escasa venta, habiendo desaparecido la producción de aguardiente con motivo de la nueva ley de alcoholes. De manera dice, que desde la fecha de la sentencia las entradas de las propiedades en vez de haber aumentado han disminuido, y en todo caso no puede alcanzar al 10% anual que se le atribuye; que ignora que la señora Humeres sea dueña de alguna casa.

Respecto á las deudas dice: que de la deuda de "Lo López" se deben $ 9.000; de la finca "Santa Ana" se adeuda $ 660 como saldo, y al Banco de Chile en cuenta corriente debe $ 3.400; que ha pagado en parte las deudas con su constante y asiduo trabajo. Por estas

razones pide el rechazo de las peticiones de su esposa, y reconviniéndola pide que se reduzca á $ 100 el valor de la mesada alimenticia.

En rebeldía de la señora Humeres se dió por evacuado el traslado y autos de la reconvención; y se recibió todo el incidente á prueba.

Se rindió la prueba que obra en autos y el juzgado, con fecha 6 de agosto de 1904, resolvió:

Teniendo presente:

1º Que las partes están de acuerdo en el hecho de que si bien no existe divorcio ni separación de bienes entre los cónyuges no se hace vida marital entre ellos, viviendo en la casa de la calle de San Martín completamente separados é independientes entre sí, aún sin hablarse mutuamente; y que la alimentación de la señora Josefina Humeres y la de sus hijos, que viven al cuidado y atención de la madre, así como los demás gastos inherentes á este particular se ha hecho desde el mes de febrero de 1901 con la mesada alimenticia de $ 150 mensuales asignada por la sentencia de fecha 6 del indicado mes y año corriente;

2º Que las partes están de acuerdo, y este hecho consta además de la prueba rendida en autos, que son cinco por lo menos los hijos que viven y se alimentan juntamente con la señora Humeres, de los cuales tres son mujeres y los otros dos hombres;

3º Que no se ha establecido legalmente en autos que estos dos hijos tengan algún empleo ú ocupación de carácter permanente que les permita subvenir á las necesidades de la vida, de manera que es natural suponer que la madre á cuyo lado viven tenga que suministrarles además del alimento lo necesario para ayudar á su vestuario y otros gastos;

4º Que consta de autos que las propiedades productivas del señor Rodríguez, consisten, además de la casa-habitación común, en los fundos denominados "Lo López" y "Cancha de Santa Ana", fundos cuyo valor tomando en consideración el avalúo municipal constante de los recibos, el mérito de la prueba rendida y la naturaleza de sus cultivos puede estimarse por lo menos en $ 60.000;

5º Que consta de autos que á la fecha de la sentencia de 6 de febrero de 1901 se servía una deuda hipotecaria que los gravaba ascendente á $ 28.000, deuda que en la actualidad se encuentra reducida según el certificado al pago del saldo de $ 660;

6º Que dados los antecedentes expuestos, y el mérito general de la prueba rendida es equitativo considerar que la pensión mensual de $ 150 para alimentación, contados sus anexos y aún vestuario para la señora Humeres y cinco hijos más, es exigua y puede ella estimarse equitativamente en $ 250 mensuales, dado el número de personas, las facultades de la sociedad conyugal y la posición social de la familia;

7º Que no se ha acreditado por la señora Humeres la existencia de las deudas cuyo pago exige tambien en la solicitud.

Por tales fundamentos y visto lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil y 230, 228, 1740 número 5º, 321, números 1º y 2º, 323 inciso 2º, 224 y 329 del Código Civil, se declara que ha lugar á lo pedido por doña Josefina Humeres en cuanto se modifica la sentencia de 6 de febrero de 1901 en el sentido de que don Martín Rodríguez debe suministrarle la mesada anticipada de $ 250 mensuales para la alimentación de ella y de sus cinco hijos que viven á su lado y los demás gastos de mantenimiento anexos, desde el 1º de junio del presente año sin perjuicio de los demás gastos de familia. No ha lugar al pago de la suma de $ 1.350 para la cancelación de las deudas que indica, sin perjuicio de los derechos de los acreedores para repetir contra quienes creyeren legalmente obligados. No ha lugar á la petición de la reconvención sobre reducción de la pensión ni á las demás peticiones formuladas por las partes y que no estuvieren ya resueltas.—*Aspillaga.*

Esta resolución fué apelada por don Martín Rodríguez, y viendo el Tribunal de Alzada tanto esta apelación como la interpuesta contra la resolución de 6 de febrero de 1901, pronunció el siguiente fallo:

Valparaíso, noviembre 24 de 1905.—Vistos: Se confirman con costas del recurso, las sentencias apeladas de 6 de febrero de 1901 y de

6 de agosto de 1904.—*B. Alamos González.*—*Pedro N. Pineda.*—*A. Bezanilla Silva.*

Contra esta sentencia dedujo don Martín Rodríguez el recurso de casación en el fondo y formalizándolo dice:

Prescindiendo de los vicios de forma de que adolece la tramitación del proceso, que bastarían para anular de oficio las actuaciones practicadas, confirmando la Corte las sentencias referidas, ha sancionado un régimen absolutamente ilegal, desquiciador del orden de la familia y contrario al derecho público chileno

En efecto, la sentencia recurrida establece la doctrina de que, dentro del régimen y funcionamiento normal de la sociedad conyugal, sin que exista divorcio, ni separación de bienes, ni capitulaciones matrimoniales, pueden los tribunales de justicia determinar el monto de las expensas que el jefe de la familia ó el administrador de la sociedad debe erogar para las necesidades del hogar doméstico. Esta doctrina se funda en las disposiciones de los artículos 228, 230, 221, 223, 224, 229 y 1740 del Código Civil, disposiciones á que se ha dado errónea aplicación.

El orden de la familia y las relaciones recíprocas entre los conyuges, descansan en las prescripciones de los artículos 131, 132, 133, 135, 219 y 240 del Código citado y demás que complementan los principios que la sentencia modifica sustancialmente en perjuicio de los intereses del recurrente y con desmedro de la ley.

La sentencia recurrida le ordena, como marido de doña Josefina Humeres y como padre de sus hijos, que viven en el hogar doméstico, entregar á su citada esposa una suma determinada para los gastos de ella y de sus hijos, lo que importa que ya no es al padre á quien como jefe de la sociedad conyugal y en virtud de la patria potestad corresponde administrar sus bienes y los de su mujer, determinar los gastos é inversión del producido de su trabajo, ó la forma de administración, educación y establecimiento de sus hijos.

En el conjunto de derechos que la ley da al padre de familia sobre sus hijos no emancipados, derechos que no pertenecen á la madre según el artículo 24 del Código Civil, están las disposiciones contenidas en los títulos 9º y 10 de este Código, y entre ellas se encuentra la del artículo 238, que dice: "los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos pertenecen á la sociedad conyugal." Por consiguente, durante la existencia de esta sociedad le corresponde al marido como jefe de ella, determinar lo que se ha de gastar con esos fines, y no obstante, la sentencia recurrida quita al marido esos derechos para dárselos á la mujer, ya que ésta sería la que vendría á determinar cuanto debería gastar en alimentar, vestir, educar y establecer á los hijos.

Otro tanto pasa con relación á la mujer. La potestad marital, dice el artículo 132, "es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer." Esto derechos nacen del contrato de matrimonio, cuyas obligaciones principales son: vivir juntos, procrear y auxiliarse mútuamente, siendo de la esencia de este contrato y su base principal, la armonía que debe existir entre los contratantes.

Aunque la falta de cumplimiento de las obligaciones que nacen de los contratos en general, tienen sanción en la resolución y pago de perjuicios, ó que se obligue al cumplimiento en la forma estipulada, en éste, atendida su naturaleza, esa sanción sería imposible é inmoral; tiene, pues, una especial establecida por la ley, como lo es el divorcio, y por eso todas las causales que legalmente lo autorizan corresponden á faltas de cumplimiento de las obligaciones que el matrimonio impone.

Si el marido falta á su deber de dar á su mujer lo necesario para la subsistencia, la única sanción es el divorcio, y como la sentencia recurrida ha establecido otra, obligando al marido á que dé con ese objeto á su mujer una cantidad determinada, quita al marido la administración de la sociedad conyugal por una causa no contemplada en la ley, y al sentar esa doctrina aplica erróneamente las disposiciones de los artículos 228, 230, 231, 223, 224, 229 y 1740 del Código Civil, infringiendo también las de los artículos 131, 132, 133, 135, 219 y 240 del mismo Código.

La parte contraria pide al contestar que se deseche el recurso y expone:

La base de la argumentación contraria está en la suposición de que el divorcio es la única sanción que tiene la infracción de las obligaciones que el matrimonio impone, suposición inaceptable toda vez que existen muchos casos en que sanciones distintas podrían legalmente aplicarse al cónyuge remiso en el cumplimiento de su deber.

Así, tratándose de adulterio de la mujer, podría el marido entablar una acción criminal, y aunque fuese condenada, no estaría por eso obligada á iniciar juicio de divorcio si le bastaba aquella condenación.

Según el artículo 133 del Código Civil "el marido tiene derecho para obligar á su mujer á vivir con él y seguirlo á donde quiera que traslade su residencia.

La mujer, por su parte, tiene derecho á que el marido la reciba en su casa."

Conforme al criterio jurídico expuesto por la parte contraria, la única sanción posible, dentro de la legalidad, del quebrantamiento de las obligaciones impuestas al marido y la mujer por este artículo sería el divorcio, sanción que conduce á la separacion en vez de tender al restablecimiento del deber de hacer vida común.

Es verdad que el divorcio puede decretarse por la negativa de la mujer á seguir á su marido, por abandono de hogar común ó resistencia á cumplir las obligaciones conyugales sin causa justificada, ó por ausencia, sin justa causa, por más de tres años, conforme á las prescripciones de los números 1º, 7º y 8º del artículo 21 de la lei de 10 de enero de 1884; pero ésta es una sanción de último grado, sanción final, que no excluye de manera alguna la posibilidad de que se apliquen otras más eficaces en la práctica, ya que aquella, en la generalidad de los casos, no lleva envuelto el castigo para el cónyuge que resista al cumplimiento de sus obligaciones, sino que al contrario, importa un beneficio.

El exponente aduce diversos ejemplos para manifestar que no es exacta la doctrina acerca de que el divorcio sea la única sanción de cualquiera de las faltas al cumplimiento de las obligaciones conyugales, doctrina que, según él mismo, conduciría á diversas conclusiones inaceptables en derecho. Agrega, en seguida, que es inexacto, jurídicamente hablando, que la sentencia recurrida consagre el principio de la usurpación de los derechos del marido en beneficio de la mujer. Los derechos que una persona puede tener no la eximen de quedar sujeta al cumplimiento de las obligaciones correlativas, y, si quebranta cualquiera de ellas, la parte lesionada tiene el camino del restablecimiento jurídico de su derecho.

No existe ley alguna que implícitamente ó directamente obligue á la mujer á quien su marido no da lo necesario para vivir, á soportar esta situación ó á impetrar necesariamente el divorcio, y en cambio hay leyes que obligan al marido á dar á su mujer lo necesario según sus facultades y leyes que reconocen á la mujer el derecho de obtener alimentos del marido como jefe de la sociedad conyugal.

Tampoco es exacto que, en caso de que el marido no cumpliese la obligación de suministrar á la mujer, con el objeto indicado en la sentencia, la cantidad que ella misma determina y que por esto hubiere de iniciar ejecución, la mujer se embargaría á si misma, pues en la sociedad conyugal, como en las demás, hay que distinguir tres entidades distintas: la mujer, el marido y la sociedad misma.

En cuanto á los vicios de que, según el recurrente, adolece la sentencia recurrida, los artículos 131 y 134 del Código Civil, consagran el deber de asistencia ó socorro mutuo, que constituye uno de los objetos principales del matrimonio, deber á cuyo cumplimiento ninguno de los contratantes puede sustraerse, ni por mutuo consentimiento, ni menos por acto unilateral de voluntad.

Necesario es tomar en cuenta que las obligaciones de que tratan los dos artículos á que acaba de aludirse se refieren precisamente al estado normal del matrimonio, sin divorcio ni separación de bienes, puesto que, en estas últimas circunstancias, dichas obligaciones se rigen por disposiciones especiales. Por otra parte, ya se ha dicho que no es el divorcio la única sanción del quebrantamiento de los deberes de socorro y asistencia pecuniaria.

Oído uno de los Ministros del Tribunal,

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que el deber de los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida, que establece como precepto general el artículo 131 del Código Civil y que es de la naturaleza del contrato de matrimonio, conforme al artículo 102 del mismo Código, lo reproduce particularmente la ley, como una obligación terminante de aquéllos, en el artículo 134, que ordena al marido suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades é impone á la mujer igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes; obligación cuyo cumplimiento cada uno de los cónyuges puede exigir del otro por los medios legales en caso de negativa, ya que, si no fuera así, el precepto de la ley resultaría inútil ó ineficaz;

2º Que el artículo 321 del ya citado Código prescribe asímismo, que se deben alimentos al cónyuge, sin expresar que esa obligación corresponda sólo á una situación determinada del matrimonio, como sería la que es una consecuencia del divorcio, por lo que ha de entenderse que esa disposición como la del artículo 134 que acaba de indicarse, comprende también el estado normal del matrimonio, en lo que concierne á los alimentos que el marido está obligado á suministrar á la mujer;

3º Que habiendo establecido la ley de un modo tan imperioso esta obligación que es primordial del marido, de suministrar dentro del régimen normal del matrimonio, lo necesario según sus facultades á la mujer y de alimentarla, no se comprende que haya querido negar á ésta los medios eficaces de compeler al marido á cumplir esa obligación, lo que colocaría á la mujer en peor condición que las demás personas que según el artículo 321 del Código Civil, tienen también derecho á pedir alimentos, quiénes pueden exigirlos acudiendo al juez con ese fin en caso de negativa del alimentante;

4º Que no puede tampoco aceptarse que sea el divorcio el medio legal de que debe hacer uso la mujer para obligar á su marido á que la alimente, porque el divorcio que es un recurso extremo, no lo ha establecido la ley con ese objeto, sino con el de suspender la vida común de los cónyuges que se ha hecho difícil ó imposible por los motivos diversos que ella misma determina, según los artículos 168 y siguientes del párrafo 4 del título VI del Código Civil y 5.º de la ley de 10 de enero de 1884; y también porque en una situación semejante la mujer se vería violentada por la necesidad de pedir el divorcio por avaricia del marido, convirtiéndose así en un recurso forzado é inevitable lo que la ley ha querido dejar á la libre voluntad de los cónyuges, como lo manifiestan los artículos 24 y 25 de la ley que acaba de citarse;

5º Que si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley confiere al marido no le autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio restableciendo el régimen correcto y legal, y ordenando, como ha sucedido en el caso de que se trata, al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por la ley tienen derecho esas personas;

6º Que, en consecuencia, el fallo que se impugna por el recurrente no ha infringido ninguna de las disposiciones legales que se citan como violadas.

Visto además lo preceptuado en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo interpuesto por don Martín Rodríguez en este juicio. Aplícase al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Bernales. —*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V. —E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—6 de abril de 1907

Alfaro (Compañía Salitrera "Progreso") con Fisco (1)

Salitreras. - Mensura.—Litis; materia de ella. — Causales de casación.— Cuestiones no falladas. — Apreciación de los hechos. — Tribunal de Alzada; sus atribuciones. — Pertenencias descubridoras; distancia entre ellas; modo de medirlas, número de ellas.—Ubicación de pertenencias—Paralelo 23.

DOCTRINA:—*El recurso de casación en el fondo debe limitarse al fallo de las infracciones de la ley que se imputan á las resoluciones de primera y segunda instancia y no puede extenderse á otros puntos que no han sido materia de la litis.*

Por consiguiente, si la sentencia recurrida se limitó á confirmar las resoluciones de primera instancia que habían fallado únicamente las cuestiones sobre ubicación de ciertas pertenencias salitreras y distancias que se habían guardado entre las mismas, la sentencia en el recurso de casación en el fondo debe limitarse á las infracciones de ley que se imputan á estas resoluciones y no puede extenderse á otros puntos, como el referente al número de pertenencias, que no han sido materia de la litis.

La apreciación de los hechos es facultad privativa del tribunal sentenciador. La afirmación de la sentencia recurrida de que la sentencia de primera instancia ha reconocido que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos y que éstos han sido aceptados por sentencia ejecutoria, es un hecho de la causa establecido por el tribunal sentenciador y como tal inamovible.

El tribunal sentenciador no puede, sin incurrir en una ilegalidad, pronunciarse sobre una cuestión que no fué materia de discusión durante el juicio.

Trabada la cuestión en primera instancia sobre si las pertenencias descubridoras materia del juicio estaban mensuradas á menor distancia de 5 kilómetros, la sentencia de segunda instancia no podía resolver otro punto que el debatido y no el referente á la distancia de 10 kilómetros exigida en segunda instancia por el Fisco.

No hay disposición legal que resuelva de una manera precisa si la distancia que debe mediar entre las descubridoras, debe medirse entre las líneas que encierran las pertenencias, ó si estas distancias deben medirse entre la excavación que constituye el descubrimiento, puesto que aun el artículo 7º del Reglamento de 1877 previene que la mensura se ejecute "por dentro de las líneas que el descubridor solicite en la pertenencia explorada del terreno". No habiendo en el Reglamento reglas á qué atenerse respecto de las distancias que deben guardar entre sí las líneas exteriores de las pertenencias, debe estarse á lo que prescribe el Código de Minería.

Es un hecho de la causa, establecido por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades privativas, y por tanto no susceptible de casación, el de que no se ha probado que las pertenencias de cuya mensura se trata se hayan ubicado al norte del paralelo 23.

Impugnada la mensura de ciertas pertenencias salitreras por haberse ubicado al norte del paralelo 23, la sentencia que

(1) La sentencia que desechó el recurso de casación en la forma interpuesto por el Fisco está publicada en la REVISTA, Año III, 2.ª Parte, Sección 1.ª, pág. 188.

aprueba dicha mensura no infringe el Tratado celebrado con Bolivia en 1874 ni la ley de 2 de mayo de 1879 sobre atribuciones conferidas al Gobierno sobre el territorio comprendido entre los paralelos 23 y 24, por cuanto no está trazado el paralelo 23 y los diversos ingenieros y peritos que en diversas ocasiones han ejecutado estudios y observaciones para determinar la ubicación parcial de ese paralelo no han estado de acuerdo respecto de su ubicación precisa.

Don Roman Espech hizo manifestación de tres pampas salitrales, por sí y á nombre de las demás personas que representaba, constituyendo tres grupos de pertenencias que denominó "Progreso", "Forvenir" y "Nuevo Chile", con los cuales se formó la sociedad Diego Almeida, por escritura otorgada en Caracoles en 5 de noviembre de 1879, ante el Notario don Patricio Orihuela.

Don Hermógenes Alfaro, en representación de esta sociedad, se presentó al Juzgado de Antofagasta en el año de 1903, demandando al Fisco para que se declarara que debía procederse á la mensura de las pertenencias que constituían la sociedad demandante, á lo cual se opuso el representante Fiscal sosteniendo que la concesión de los pedimentos referidos ha caducado por no haberse practicado las mensuras con la debida oportunidad.

Desechada esta excepción y la de prescripción, que más tarde se alegó por parte del Fisco, se declaró que había lugar á la demanda.

Esta sentencia fué confirmada por la de 18 de julio de 1903, por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Comunicada esta sentencia al Ministerio respectivo y á la Delegación Fiscal de Salitreras, se designó al ingeniero de la Delegación don Samuel Verbal para que presenciara las mensuras, debiendo proceder conforme á las instrucciones que le fueron dadas.

El representante fiscal, con poder del Director del Tesoro, se presentó diciendo que entre las pertenencias mensuradas, cuyas actas no se habían presentado aun al Juzgado se habían mensurado incorrectamente algunas pertenencias, por lo que pedía que se le pusiera oportunamente en su conocimiento estas actas.

Don Enrique Villegas, presidente de la sociedad Diego de Almeida, en sus escritos pidió la aprobación é inscripción de las actas de mensura de las pertenencias de los grupos "Progreso", "Porvenir" y "Nuevo Chile", á cuya petición se opuso el Promotor Fiscal de Antofagasta por haberse mensurado algunas pertenencias á menos de 5 kilómetros unas de otras. No hizo observación por haberse mensurado alguna pertenencia al norte del grado 23.

Constituido nuevo representante fiscal en la persona de don J. Rafael Heredia Carvajal, en uso de la facultad que el inciso 2º del artículo 5º de la ley de 28 de agosto de 1902 da al Director del Tesoro, se opuso á la aprobación de las actas de mensura presentadas y pidió que se suspendiera la prosecución de las que estaban aun por hacerse, mientras no apareciera el expediente en que se tramitó el juicio de mensura, pues esta gestión se ha iniciado con copias sacadas de otras copias; y para el caso que no se diera lugar á su petición, solicitó que se tuviera presente que las pertenencias número 1 del grupo "Progreso" y número 3 del grupo "Porvenir" han sido ubicadas al norte del paralelo 23, lo que no ha debido hacerse, según lo dispuesto en el Decreto Supremo de 27 de junio de 1879; mensuras que han sido oportunamente protestadas por el ingeniero de la Delegación Fiscal.

Después de oído el representante de la sociedad Almeida se hizo certificar al secretario sobre la conformidad de las sentencias insertas en el oficio que encabeza este expediente, con la copia de las sentencias que hay en secretaría, y en seguida se pidió informe al ingeniero don Samuel Verbal sobre la oposición hecha á la aprobación de las mensuras por el promotor fiscal, quien informando dijo que no había motivo para rechazar las mensuras por la distancia que guardaban las pertenencias entre sí; y que respecto á la ubicación que se había dado á las demás salitreras to-

das han sido conformes con las que indican sus títulos, pero que solo ha protestado respecto á las que se han ubicado al norte del grado 23, obedeciendo á las instrucciones que tiene de la Delegación Fiscal de Salitreras.

El representante del Director del Tesoro, señor Heredia Carvajal, con conocimiento ya de las mensuras practicadas, se opuso á la inscripción de la mensura de la descubridora número 7 del grupo "Porvenir" por habérsele ubicado en un lugar diverso del que le asigna su propio título, el cual expresa que el pedimento se hace para una pampa situada entre Salinas y Punta Negra, lugar que está muy al sur del grado 23 y la mensura se ha hecho al norte de este paralelo. Y debe tenerse muy presente que el decreto que autorizó al gobernador de Antofagasta para hacer concesiones salitrales sólo se refería á la zona ubicada entre los grados 23 y 24.

Don Hermójenes Alfaro respondiendo á estas observaciones, dice que hay otras varias pertenencias salitrales que han sido mensuradas por la Delegación Fiscal al norte del grado 23; que es un error creer que nuestra legislación salitrera impedía las mensuras al norte del grado 23; pero que el Reglamento de 28 de julio de 1877 se dictó para determinar las condiciones mediante las cuales se concede la explotación de los depósitos de salitres y boratos existentes en los terrenos del Estado, sin limitación á determinadas provincias; que habiéndose solicitado y resuelto por sentencia ejecutoria que la Compañía Diego Almeida tiene derecho á las pertenencias que ha solicitado, debe entenderse que ha cumplido con los requisitos establecidos por el citado Reglamento; y que no debe darse lugar á la oposición hecha por el representante del Fisco, desde que ha sido ya representado por el Promotor Fiscal, verdadero representante constituido por la ley.

El Juzgado, para mejor resolver, pidió informe al ingeniero de la Delegación Fiscal de Salitreras respecto á la oposición hecha por el representante fiscal acerca de si la mensura practicada correspondía ó nó á los límites expresados en el pedimento, quien, informando dice que objetó la mensura de la descubridora número 7 del grupo Porvenir, no por falta de ubicación, sino porque se mensuró al norte del paralelo 23 y la Delegación Fiscal estima que no hay derecho para ubicarse al norte de ese paralelo. Las pertenencias solicitadas del grupo Porvenir deben ubicarse entre la pampa Salinas y Pampa Negra, lugar, este último, que está situado algunos kilómetros al norte del paralelo 23, según el plano oficial de San Román y el de Obrecht.

El juez de primera instancia dictó la siguiente resolución:

Antofagasta, abril 22 de 1904.—Vistos y teniendo presente el mérito de los informes del ingeniero de la Delegación Fiscal de Salitreras don Samuel Verbal, de los cuales consta que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos, aceptados por sentencia ejecutoria, que en copias autorizadas figuran en autos, y que la oposición deducida por la representación Fiscal tiene por base excepciones que debieran alegarse en la secuela del juicio de mensuras, se declara sin lugar la oposición en los puntos que abarca. Apruébase en cuanto ha lugar en derecho y sin perjuicio de terceros, las actas de mensuras de las siguientes pertenencias salitreras de la Sociedad Diego Almeida, presentadas por el ingeniero titulado de minas don Guillermo Amenábar Ossa.

1º Descubridora número 1 del grupo "Progreso" pedida por don Roman Espech y otros al gobernador de Antofagasta en septiembre 26 de 1879 y registrada en el mismo año bajo el número 60 del Registro de Minas de este puerto á cargo de don Clodomiro Mujica;

2º Descubridoras números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Porvenir" pedida por el mismo Espech para sí y otros al gobernador de Antofagasta en octubre 2 de 1879 y que figura con el número 14 en el Registro de Caracoles de don Patricio Orihuela del mismo año. Las actas corren respectivamente á fs. 23, 24, 25 vuelta, 29 y 64, los croquis correspondientes á fs. 20, 19, 17, 28, 56, 57 y 63.

3º Descubridoras números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Nuevo Chile" pedidas por el citado Espech para sí y otros al gobernador de Antofagasta en octubre 2 de 1879 y anotadas en el mismo año con el número 15 en el Registro de Minas de Caracoles á cargo de

don Patricio Orihuela. Las actas corren respectivamente á fs. 31, 67 y los croquis correspondientes á esas siete descubridoras y por su orden numérico á fs. 30, 48, 62, 60, 61 y 59. Desglósense dichas actas y croquis y visados y rubricados por el secretario del Juzgado y marcados con el timbre oficial de la oficina y dejándose previamente copia autorizada de esos documentos en autos, remítanse á la Notaría de Minas á cargo de don Carlos Lautaro Sayago para que se inscriban conjuntamente con este auto y se den por ese funcionario las copias que se le pidieren por los interesados. Remítanse también á la Delegación Fiscal de Salitreras copias ó duplicados de las actas de mensuras, con los correspondientes croquis para su anotación y archívense en secretaría estos autos.—*L. A. Molina.*

En auto separado se ordenó que el cuaderno en que se pronunció la resolución se considerase como complementario del expediente principal que se encuentra extraviado.

Apelada esta resolución, fué concedido el recurso en lo devolutivo. Y cuando se encontraba la causa con decreto de "autos en relación" se pidió por el Director del Tesoro que se suspendiera este decreto y que volvieran los autos al juez de Antofagasta para que ordenara la consulta de la sentencia de 22 de abril relativa á la mensura. Con la respuesta del representante de la Sociedad Diego Almeida ó "Progreso", y previa vista del señor Fiscal se proveyó nuevamente "autos".

El representante de la Diego Almeida pidió que se declarara que la citación debía entenderse hecha para la resolución de este incidente, solicitud que fué desechada sin perjuicio de lo que se resolviera en la vista de la causa, que declaró que el decreto de autos se refería á todas las cuestiones pendientes.

Pendiente todavía la apelación del representante de la Diego Almeida se presentaron las mensuras de las pertenencias números 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso" y se pidió la aprobación de ellas, á lo que se opuso el representante fiscal diciendo que las llamadas descubridoras números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso" se encontraban al norte del grado 23, sobre cuyo territorio, llamado el litoral del norte, no tenía jurisdicción el Intendente de Antofagasta que hizo la concesión, sino el Gobernador del Litoral á quien se habían dado por decreto de 27 de junio de 1879 todas las facultades que confiere á los intendentes de provincia el decreto supremo de 28 de julio de 1877, relativo á los depósitos de salitre y otras sustancias minerales; y porque las mensuras se han efectuado sin guardar las distancias establecidas por el supremo decreto citado entre una y otra descubridora.

Esta oposición fué desechada en primera instancia, despues de oído el representante de la Diego Almeida, por el siguiente fallo:

Antofagasta, octubre 29 de 1904.—Vistos y teniendo presente:

1º Que la ubicación que se ha dado á las pertenencias mensuradas números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso", corresponde á las indicaciones de sus títulos respectivos y que así lo reconoce expresamente el ingeniero de la Delegación Fiscal de Salitreras, comisionado como perito para presenciar las operaciones de las mensuras referidas;

2º Que la operación pericial de las mensuras de que se trata es el cumplimiento de lo ordenado por las sentencias ejecutoriadas que obran en autos;

3º Que en el juicio sobre mensuras se precisó la ubicación de las descubridoras cuyas mensuras se tratan de inscribir ahora;

4º Que la oposición deducida actualmente por el representante del señor Director del Tesoro debió alegarse como excepción durante la secuela de los juicios de mensuras, y no corresponde hacerlo ahora en esta incidencia sobre cumplimiento de lo ya resuelto;

5º Que de las actas de mensuras de las pertenencias aludidas no consta la existencia de error pericial ni fraude ó dolo de las operaciones practicadas, únicas causales para anular una mensura;

6º Que es público y notorio que el señalamiento del grado 23, á que se refiere la oposición, no está bien definido, por haberlo fijado de un modo diverso los varios técnicos comisionados al efecto;

7º Que con respecto á las distancias en que se han ubicado las descubridoras en cuestión, no aparece objeción alguna hecha por el ingeniero de la Delegación Fiscal en el acto pericial de la mensura.

Por estas consideraciones, se aprueban las mensuras de las pertenencias ya expresadas en cuanto ha lugar en derecho y sin perjuicio de terceros, é inscríbanse conjuntamente con este auto, dándose por quien corresponda las copias que se pidieren por los interesados.

Tímbrense y rubríquense por el secretario las actas y croquis cuya aprobación se decreta, y dejándose en autos copia autorizada de dichas piezas y del presente auto.

Remítanse á la Delegación Fiscal de Salitreras copias ó duplicados de las actas de mensuras con los correspondientes croquis para su anotación, y archívense los autos en secretaría.—*B. Urzúa T.*

Apelada esta sentencia por el representante fiscal, fué concedida la apelación sólo en el efecto devolutivo y viendo el Tribunal de Alzada este recurso, conjuntamente con el interpuesto contra la sentencia de 22 de abril, resolvió:

Santiago, 14 de marzo de 1905.—Vistos: se confirman los autos apelados de 22 de abril y de 29 de octubre del año último, que se registran respectivamente á fs. 34 de la compulsa y á fs. 177 del expediente original.

El Ministro señor Barriga sostuvo que debía recibirse la causa á prueba, sin perjuicio de apreciar en definitiva el valor legal de las cuestiones formuladas en primera instancia por el representante del Fisco, por cuanto dichas cuestiones se fundan en antecedentes de hecho, respecto de los cuales no están de acuerdo las partes.

Desechada esta indicación, aceptó el fallo acordado por la mayoría del Tribunal, teniendo para ello presente que, cualquiera que sea el mérito que se atribuya á la objeción fundada en que las pertenencias á que ellas se refieren han sido mensuradas al norte del paralelo 23, no hay en autos prueba legal bastante para acreditar esta circunstancia.

Teniendo presente que las resoluciones confirmadas no tienen el carácter de sentencias definitivas, y visto lo dispuesto en el artículo 924 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar lo solicitado en lo principal del escrito.

Acordada contra el voto del Ministro señor Barriga, quien opinó que, no habiéndose elevado los antecedentes en consulta, no podía el Tribunal dictar resolución sobre la referida solicitud, sin un pronunciamiento previo del juez de primera instancia.

Con el mérito de la resolución que precede, se declara que no ha lugar á dictar un pronunciamiento respecto de las peticiones hechas por parte del Fisco ante el Tribunal, por no haber sido ellas formuladas en primera instancia y, en consecuencia, sin perjuicio de los derechos que el Fisco pudiera ejercitar.—*L. R. Mora.—Luis Barriga.—R. Reyes Solar.*

Contra el fallo precedente interpuso el Director del Tesoro los recursos de casación en la forma y en el fondo.

Conociendo del primero de estos recursos la Corte lo desechó por sentencia de 21 de octubre de 1905 (1).

Pasó entonces el Tribunal á ocuparse del recurso de casación en el fondo deducido también por el Fisco.

Formalizando este último, dice la parte recurrente: la sentencia recurrida confirma las de 22 de abril de 1904 y de 29 de octubre del mismo año.

En la sentencia mencionada se incurre en la infracción de las leyes y en vicios que han influido en lo dispositivo de las sentencias, los que á continuación se enumeran:

1º Se han infringido las disposiciones de los artículos 703 y 1628 del Código Civil al aceptar los considerandos del auto de 22 de abril que son fundamentales de la resolución. En él se considera título para las mensuras de las pertenencias la sentencia recaída en el juicio de mensura, infracción que se repite al aceptar el considerando 4º de la sentencia de 29 de octubre de 1904;

2º Se han infringido los artículos 3, 5 y 6 del Reglamento de 28 julio de 1877 que tiene fuerza de la ley en conformidad á lo dispuesto en el artículo 3º del Código de Minería de

(1) Esta sentencia está publicada en la Revista Año III, 2.ª Parte, Sección 1.ª, pág. 188.

1874, por haberse concedido descubridoras á personas que no eran descubridores, cuyas pertenencias se han mensurado á una distancia menor de 10 kilómetros, no por error de hecho, sino por mala aplicación de la ley;

3º Se ha considerado como instrumentos públicos las copias de los pedimentos "Porvenir" y "Nuevo Chile", agregados sin los requisitos legales é impugnados por el Fisco y sin haber sido confrontados con sus originales, que habían sido sustraídos; se ha reconocido su autenticidad estando pendientes los sumarios que se instruyen para averiguar su desaparición y se han reconocido además dichos títulos tomando en cuenta el testimonio de funcionario incompetente, como era el Notario de Antofagasta, tratándose de pedimentos suscritos en Caracoles, lo que es contrario á lo dispuesto en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil;

4º Por haber concedido más de una descubridora en cada pedimento, cualquiera que fuera su letra, pues además de la infracción del Reglamento de 1877 se han infringido los artículos 35, 97 y 99 del Código de Minería de 1874, y 39, 56 y 58 del de 1888;

5º Porque al resolver que no se pueden atender impugnaciones que no hayan sido alegadas en primera instancia, se infringen nuevamente los artículos 94 y 56 de los Códigos citados; y

6º Porque al aceptar pertenencias al norte del paralelo 23, demarcado por las indicaciones consignadas por Pissis en el acta de 10 de febrero de 1870 se infringe la ley de 17 de abril de 1879, sobre resolución del tratado con Bolivia celebrado en 1874, la ley de 2 de mayo de 1879 sobre atribuciones que se daban al Gobierno sobre el territorio comprendido entre los paralelos 22 y 25; decretos supremos de 24 de junio de 1879, uno que declaraba que la zona del Gobernador del Litoral del Norte debía considerarse como un solo territorio, y el otro que hacía extensiva al Gobernador del Litoral del Norte las facultades otorgadas á los Intendentes y Gobernadores para hacer concesiones de salitres en conformidad al decreto de 28 de junio de 1877.

Expresa finalmente que con la aprobación de las mensuras al norte del paralelo 23, se infringe el alcance que corresponde á la demarcación del perito Pissis en el tratado celebrado con Bolivia en el año 1879, ratificado como ley de la República y mandado llevar á efecto por resolución suprema de 25 de octubre de 1875.

Termina pidiendo que se dé lugar al recurso, en conformidad á las disposiciones de los artículos 938, 939, 940 y 944 del Código de Procedimiento Civil.

Fundando el recurso, el Fisco observa que los títulos con que han solicitado las mensuras, no pueden considerarse como títulos legalmente obtenidos, porque las copias compulsadas no sólo han sido dadas sin citación del Fisco, sino que ha impugnado su autenticidad, por no existir los originales de donde se han sacado esas copias.

Suponiendo que las descubridoras "Nuevo Chile" y "Porvenir" hubieran sido inscritas en el Conservador de Minas de Caracoles y que las copias con que se ha iniciado el juicio fueran exactas, no tendrían valor las concesiones hechas, pues habrían sido dadas contra lo dispuesto en el decreto de 28 de julio de 1877 y contra el Código de Minería de 1874; y porque don Hermójenes Alfaro representante de la Compañía Diego Almeida, convertida hoy en la Progreso, y los mandantes de don Román Espech, á cuyo nombre se hicieron los pedimentos, sólo dieron á la Diego Almeida una pertenencia ó sea una estaca de la "Progreso", "Porvenir" y Nuevo Chile", por las cuales tres pertenencias se les reconocerían en la Diego Almeida cien acciones, según está establecido en el artículo 3º de los estatutos.

Aplicando las disposiciones del reglamento, se ve que según el artículo 3º sólo puede concederse una descubridora por cada depósito salitral, la que constará de 100 hectáreas, depósito que debe estar á más 10 de kilómetros de distancia de otro en explotación ó descubierto, según el artículo 5º.

Al conceder una descubridora á Espech y otra á cada uno de sus comitentes en un depósito salitral como el de que se habla en la demanda, se infringen las disposiciones citadas. A lo que hay que observar también que

las descubridoras se encuentran á menos de 10 kilómetros de distancia unas de otras, circunstancia que está demostrada con el informe del perito Verbal, con lo que se ha dicho por el mismo contendor, y con el informe del jefe de la Comisión de Límites, don Alejandro Bertrand y con el plano acompañado á los autos. Se ve también en ese plano que hay descubridoras que están unidas á otras; y que las formas de las pertenencias no es la de un polígono irregular como lo prescribe el inciso 2º del artículo 5º del Reglamento.

Los mandantes de Espech sólo habrían tenido derecho á que se les concediera una estaca, según lo dispuesto en el artículo 6º del Reglamento, después que el descubridor hubiera mensurado la suya y tomado posesión de ella. Y como los descubridores sólo ahora están gestionando sus mensuras, puede afirmarse que las concesiones de las estacas no tienen valor alguno.

Pero suponiendo que los seis compañeros ó mandantes de don Román Espech hubieran sido descubridores, en ningún caso la Diego Almeida, su apoderado don Hermójenes Alfaro, ó la "Progreso", como cesionaria de la Diego Almeida podía tener derecho á que se entregaran las tres pertenencias que como á descubridor les correspondería, porque estos seis descubridores sólo aportaron á la formación de la sociedad una pertenencia de cada uno de los pedimentos "Progreso" "Porvenir" y "Nuevo Chile". En esa escritura se ve que la sociedad fué formada por veinte individuos, aportando Espech tres pedimentos en cada uno de los depósitos nombrados, y una pertenencia cada uno de los demás socios, formando un total de sesenta y nueve pertenencias.

De esta exposición resulta que el número de pertenencias que pretende la Diego Almeida no cabe en el número de pertenencias que debe tener según sus títulos.

Hechas las cuentas y suponiendo descubridores á Espech y sus comitentes, resultaría veintiuna pertenencias para cada uno de los tres pedimentos, de lo que resultaría un total de sesenta y tres.

Mientras tanto las acciones de la Diego Almeida, compuesta de veinte socios, debiendo aportar Espech tres pertenencias y los otros una, debería tener veintitrés por cada uno de los depósitos, ó sea sesenta y nueve pertenencias.

Pero cualesquiera que sean las expresiones de los pedimentos, ello no tendría valor legal suficiente para adquirir un título en tal sentido, puesto que no serían más que títulos provisorios, en conformidad al artículo 35 del Código de Minería de 1874, y como lo establece el inciso 2.º de dicho artículo, el contenido de estos títulos no puede servir en ningún caso de prueba legal.

Para que el título quede completo es necesario efectuar la mensura pericial y la aprobación del acta por el juez, que es lo que constituye el título definitivo, inmutable, que sólo puede ser atacado por los vicios apuntados por el artículo 59 del Código citado.

Se ha dado, pues, á los pedimentos un alcance legal que no tienen, infringiéndose así los artículos 35, 97 y 99 del Código de Minería de 1874, y los artículos 39, 56 y 58 del Código de Minería de 1888, que contienen disposiciones análogas.

La sentencia recurrida ha violado el artículo 99 citado al establecer que la operación pericial, ó sea la mensura practicada sobre el terreno, es el título definitivo, inmutable, sólo impugnable por error pericial, fraude ó dolo.

El artículo 99 expone con toda claridad, que la operación practicada con arreglo á los artículos anteriores y en uno de esos artículos se establece que el acta suscrita por el ingeniero, peritos asistentes, interesados y dos testigos, se elevará al juez, quien hallándola completa y legal, mandará inscribirla en el registro, archivar el original y dar copia al interesado; ó bien subsanar las faltas ó ilegalidades que notare.

Es, pues, el acta aprobada por el juez lo que el artículo 99 llama título inmutable, disposición que ha sido infringida al llamar título á la sola acta de mensura practicada por el ingeniero.

Y por causa de este error no se han podido discutir todos los puntos ó cuestiones que pueda ofrecer esta operación, á fin de que el juez la apruebe si es completa y legal y pueda

entonces constituír un título definitivo ó inmutable.

No habiéndose pronunciado el Juzgado sobre las objeciones hechas y las que nacen de la mensura en relación con los derechos de los asistentes que impugnaron la operación, no puede aprobarse el acta ni darse por aprobada la operación.

La misma ley encarga al juez que de oficio examine lo obrado y se pronuncie sobre la operación, encontrándolo todo conforme.

Sosteniendo que la resolución recurrida incurre en el vicio de no considerar legalmente definida la ubicación del grado 23 para deslindar la jurisdicción del Gobernador del litoral del Norte, á fin de saber á quien correspondía la jurisdicción para conceder peticiones salitrales al norte de este grado, concluye pidiendo que se dé lugar al recurso de casación en el fondo, y pronunciándose nueva sentencia se resuelva:

1º Con arreglo á las mensuras correspondiente al título de la Progreso:

a) No se aprueben sus mensuras por encontrarse al norte del paralelo 23, debiendo estar todas ellas al sur, conforme á sus títulos, como se manifiesta en el informe de la Comisión de Límites de don Alejandro Bertrand;

b) Que no debe reconocerse á la Sociedad Diego Almeida ó quien sus derechos represente, más que la descubridora de don Román Espech, correspondiendo á sus mandantes simples pertenencias de estacas, de manera que deben rebajarse seis descubridoras en este título;

c) Que la descubridora de Espech debe guardar la distancia de 10 kilómetros en todos sus estremos con cualquiera otra descubridora, y

d) Que en su mensura debe estarse á lo prescrito en el inciso 3º del artículo 6º del Reglamento de 1877.

Con relación á las mensuras de las pertenencias correspondientes á los títulos "Porvenir" y "Nuevo Chile", solicita que se revoque la aprobación de las mensuras por haberse practicado en vista de copias que no son instrumentos públicos, en conformidad al artículo 331 del Código de Procedimiento Civil. Subsidiariamente solicita con relación á estos títulos:

a) Que sólo debe reconocerse una descubridora por cada uno de estos títulos, que es la que corresponde á don Román Espech, considerando á los demás como simples estacados;

b) Que no debe aprobarse la mensura de ninguna pertenencia de estos títulos que están al norte del grado 23;

c) Que las descubridoras deben guardar la distancia en los dos extremos de otras descubridoras; y

d) Que deben las pertenencias guardar la forma prescrita por la disposición del reglamento citado.

El procurador de la Compañía Diego Almeida, hoy "Progreso", respondiendo dice que la sentencia ó sentencias objeto del recurso no son de aquellas contra las cuales concede la ley el recurso de casación.

En el fallo recurrido no se trata de sentencia definitiva ni de sentencia interlocutoria que ponga término al juicio ó haga imposible su continuación, por lo que no procede el recurso interpuesto.

En el caso de que se trata, don Hermójenes Alfaro ó sea la Sociedad Progreso, procedió á la mensura de sus pertenencias con arreglo á la ley. No demandaba á nadie ni litigaba con nadie. El juicio de mensura que había seguido con el Fisco había terminado por sentencia.

Al proceder á hacer la mensura, operación pericial en la que interviene únicamente el interesado, en la cual sólo se permite la intervención de otro interesado, por medio de un perito y para el efecto de formular en el terreno los reclamos referentes á la operación pericial, reclamos que se resuelven por peritos, se ha entrometido el Fisco, haciendo oposición á la mensura, la que fué desechada, mandándose en consecuencia inscribir la mensura por los autos correspondientes.

En cuanto á la calificación de autos que da á las resoluciones de que se trata, dice que el texto de las resoluciones de 22 de abril y de 29 de octubre de 1904, los considera como autos en sus propios términos.

La forma de su redacción demuestra que

son autos y no sentencias. No hay en ellos designación de partes, ni domicilio, ni enunciación de acciones, ni peticiones, ni citas de leyes. Ni aún se cumplió con el trámite esencial de citación para sentencia antes de resolver, como cuando se trata de una sentencia definitiva. El mismo juez al conceder la apelación que se interpuso, la concedió en el efecto devolutivo obedeciendo á lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil.

El tribunal de segunda instancia no mandó expresar agravios y se limitó á proveer "en relación", lo que demuestra que desde el primer momento consideró esta resolución como un auto.

Tampoco reclamó el representante fiscal de este procedimiento, lo que demuestra que estaba conforme con la apreciación que se había hecho de la resolución. Y la Corte al resolver falló: "se confirman los autos apelados". La representación fiscal en diversos pasajes de sus escritos ha considerado como autos los fallos que han resuelto las gestiones hechas por las partes en este asunto.

La manera como han sido consideradas estas resoluciones por el juez, por la Corte que las confirmó y el ministerio público que informó sobre ellas y las partes mismas, demuestra que han estimado estas resoluciones como meros autos, no como sentencias que resuelvan acciones y excepciones en juicio, que revistan el carácter de definitivas.

En el caso de que se trata, en que se pide solamente la inscripción de una mensura, el Fisco ha pedido que no se lleve á efecto la inscripcición, y el juez ha mandado hacerla, dejándole su derecho á salvo para hacerlo valer como le parezca.

En esta petición y en esta resolución, no hay demanda ni pleito, ni sentencia que ponga fin á ese pleito. No hay otra cosa que una operación prescrita por la ley para constituir el título definitivo de las minas, la que ha sido ordenada por una sentencia de término.

La operación de la mensura puede dar origen á controversias que no se resuelven por sentencias definitivas pronunciadas en juicio, sino en la forma prescrita por uno de los artículos del Código de Minería. Ese artículo, el 57, dice: "Si se suscitare divergencia entre el ingeniero y los peritos asistentes sobre puntos periciales, el juez nombrará otro ingeniero ó perito para que proceda en común con los divergentes; y resultando de la nueva operación mayoría de opiniones conformes, se ordenará la inscripción con arreglo al acuerdo de la mayoría y en la forma determinada por el artículo anterior."

Esta es la resolución que cabe en las cuestiones sobre mensuras, y no el pronunciamiento sobre otras cuestiones como las que pueden originarse en la constitución de los títulos que deben ser resueltas previamente, como se ha hecho en este caso en juicio seguido entre las mismas partes.

Si hay derechos vulnerados, pueden ser debatidos en juicio correspondiente y para ello se ha hecho la salvedad en las resoluciones al aprobar el acta de mensura en cuanto ha lugar en derecho y sin perjuicio de terceros.

No se puede transformar la mensura de minas ó salitreras en juicio ordinario, ni los autos del juez á que ella diere lugar en sentencias definitivas susceptibles de casación.

Los trámites de una mensura no son incidentes de ningún juicio; en caso que se les contemple como trámites para dar cumplimiento á la sentencia de 1903, tampoco pueden ellos dar lugar á una sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio ó haga imposible su continuación.

Resumiendo en una palabra lo expuesto, sostiene que son meros autos los pronunciados por el juez de Antofagasta y mero auto el fallo confirmatorio de la Corte de Apelaciones. No hay por tanto sentencia definitiva ni sentencia interlocutoria que ponga término al juicio ó haga imposible su continuación, por lo que no procede ni es admisible el recurso de casación.

Pero el recurrido dice: no solamente adolece este recurso del vicio externo señalado, sino que es absolutamente infundado.

El primer auto pronunciado por el juez y confirmado por la Corte se ha fundado en que los títulos ó pedimentos han sido aceptados por sentencia ejecutoriada; en que las mensuras han sido practicadas en conformi-

dad á ellos, y en que la oposición se basa en excepciones inadmisibles.

El segundo, el de 29 de octubre, tiene más ó menos los mismos fundamentos, y agrega además otras consideraciones relacionadas con ciertos argumentos aducidos por la defensa fiscal, que son "que es público y notorio, que el señalamiento del grado 23 á que se refiere la oposición no está bien definido por haberlo fijado de un modo diverso los varios técnicos comisionados al efecto", y que no aparece que se han ubicado las descubridoras en cuestión en lugar que no les corresponda, porque el ingeniero fiscal no hizo oposición en el acto de la mensura.

Con estas resoluciones no se infringe ningún decreto, ningún tratado ni demarcación alguna. Pero nada se dice en la formalización del recurso ni en la fundación.

La sentencia se ataca por las innumerables infracciones apuntadas en la formalización.

El juez al fallar las cuestiones propuestas resolvió con razón que los pedimentos y el derecho de mensurarse estaban amparados por una sentencia de término pasada en autoridad de cosa juzgada. Y aunque el representante fiscal sostiene que esa sentencia se pronunció únicamente sobre la caducidad ó no caducidad de los pedimentos, el haberse declarado que no han caducado los ha dejado en todo su vigor. Y si el fundamento no fuera exacto, en los autos de 22 de abril y 29 de octubre se ve que este error sería un error de hecho que daría lugar á una casación en la forma y no á una casación de fondo.

Con respecto al segundo fundamento de no haberse practicado las mensuras en conformidad á los títulos, dice que consta del expediente que el ingeniero señor Verbal ha informado al Juzgado que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos. La oposición está fundada en haberse practicado las mensuras al norte del grado 23, mas no en que se haya efectuado sin sujeción á sus títulos

Pero aún suponiendo que no se hubieran practicado las mensuras en conformidad á los títulos y que no se conforman á los pedimentos no por eso habría infracción de ley, sino error de hecho que no daría tampoco lugar al recurso interpuesto. Si las consideraciones secundarias, superabundantes, del auto de 29 de octubre infringieran alguna ley, la infracción no podría dar lugar al recurso por no haber influido sustancialmente en la decisión del asunto controvertido. Lo sustancial está en la cosa juzgada y en la conformidad de la mensura con los títulos.

Recuerda que el artículo 49 del Código de Minería dispone que no habiendo contradicción en la solicitud de mensura ó resueltas por sentencia definitiva los litigios á que se hubiere dado lugar, el juez debe ordenar que se proceda á ejecutar la operación.

En el caso actual se han resuelto las oposiciones hechas por el Fisco, después de haber discutido en juicio de lato conocimiento la validez y eficacia de los tres pedimentos de las pampas "Porvenir", "Progreso" y "Nuevo Chile". Después de esta resolución se cabe llevar á efecto la mensura, pues no es un pleito sino una operación pericial en que pueden intervenir los colindantes.

Pero aún suponiendo que hubiera un error de derecho en que se infringe la ley, y que esta infracción influya sustancialmente en el fallo al resolver que las excepciones del Fisco no proceden ahora, y que debieron deducirse en otro juicio, el artículo infringido sería el artículo 49 citado, el que no se considera infringido según el recurso y al cual, no se hace alusión alguna. Si es otra la ley infringida el Fisco no lo dice. El Fisco entiende que hay infracción de las leyes, decretos supremos, tratados, demarcaciones, etc.

Nada dicen de inexacto los autos librados en este juicio, cuando afirman que es público y notorio que el señalamiento del grado 23 á que se refiere la oposición no está bien definido, por haberlo fijado de un modo diverso los varios técnicos comisionados al efecto. Pero erróneo ó verdadero el fundamento, el hecho es que si fuera erróneo no infringiría con ella ninguna ley que diera motivo á casación.

Tampoco se puede afirmar que hay infracción de ley por no haberse guardado las distancias que debe haber entre las descubridoras al hacer la mensura, porque no se hicie-

ron oposiciones á este respecto en el acta. El juez no puede atender á otras observaciones que á las constantes del acta y formuladas en el terreno por los peritos asistentes.

Al terminar el examen de las sentencias hace notar los dos hechos capitales siguientes: 1º que las mensuras se han ejecutado con sujeción á los pedimentos; y 2º que no se ha probado que las pertenencias mensuradas se hallen al norte del grado 23. No se podría, al resolver este asunto desconocer estos dos hechos establecidos como probados por el Tribunal del fondo.

Habría pues que partir del antecedente de que las mensuras se han efectuado en conformidad á los pedimentos y de que jurídicamente no están las pertenencias mensuradas al norte del grado 23.

Ocupándose en seguida de lo expuesto por la defensa fiscal, dice el procurador de la compañía recurrida que el auto de 22 de abril se refiere á las mensuras del grupo "Nuevo Chile" y á la número uno del grupo "Progreso"; y que el auto de 29 de octubre se refiere á las descubridoras números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso".

Las objeciones sobre que recayó el auto de 22 de abril, se concretaron en segunda instancia á la impugnación del acta de mensura á las descubridoras número 7 del grupo "Porvenir" por haberse medido al norte del grado 23 y á la tacha de ilegalidad de la concesión de tres descubridoras á cada uno de los mandantes de don Román Espech, á quienes no se les conoce por el Fisco más derecho que á una estaca por cada uno.

Por esto las apelaciones del Fisco comprenden los dos puntos siguientes: 1º que no debe aceptarse la inscripción del acta de mensura de la descubridora número 7 del grupo "Porvenir"; ni la de las actas de mensura de los números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso"; por haberse medido todas estas pertenencias al norte del paralelo 23; 2º que es ilegal y nula la concesión de tres descubridoras á los socios de don Román Espech, y que á los socios de este les corresponde solamente una pertenencia á cada uno.

La Corte de Apelaciones no se pronunció sobre este segundo punto, sobre el cual no se habían pronunciado tampoco, ni pudieron pronunciarse los autos de primera instancia. Y por este motivo dijo la Corte "no ha lugar á dictar un pronunciamiento respecto de las peticiones hechas por parte del Fisco ante este Tribunal por no haber sido ellas presentadas en primera instancia, y en consecuencia, sin perjuicio de los derechos que el Fisco pudiera ejercitar."

En cuanto á la causal de casación fundada en la infracción de los artículos 703 y 1628 del Código Civil dice, que la resolución de los autos impugnados está fundada en la cosa juzgada, y que el juez ha resuelto que la sentencia es título, y que después de esa sentencia el pedimento se ha extinguido. Nada más hay que decir.

No tiene tampoco importancia la infracción que se supone del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

Entre las objeciones formuladas contra la inscripción de las mensuras, no está enunciada la falsedad de las copias presentadas, ó de no estar conformes con sus originales ó de carecer de fuerza legal ó de tener otro defecto.

Lo que pidió el representante Heredia Carvajal fué que no se aprobaran las actas de mensura presentadas al Juzgado y ordenar se suspendieran las demás mensuras mientras no apareciera el expediente extraviado, y, aparecido, que se le diera plazo para hacer sus observaciones; y en caso que no se accediera á lo solicitado, que se tuviera presente que las pertenencias que enumera están mensuradas al norte del grado 23.

De modo que suponiendo ciertas las observaciones fiscales no habría la infracción del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso actual no existe tampoco la infracción legal que se supone, porque la sentencia y copia de los pedimentos enviados al Ministerio de Hacienda por la Delegación Fiscal de Salitreras están copiados del expediente seguido entre don Hermójenes Alfaro, como representante de la Diego Almeida, contra el Fisco.

El oficio fué ordenado por el juez y las copias tomadas por el secretario del juzgado

del mismo expediente. La copia es pues auténtica.

Se ha fundado también el recurso en haberse concedido más de una pertenencia á los mandantes del señor Espech, que no eran descubridores, y que por aceptar y reconocer estas descubridoras á menos de 10 kilómetros se infringen los artículos 3, 5 y 6 del Reglamento de 28 de julio de 1877 y otros muchos artículos del Código de Minería de 1874 y otros artículos del de 1888.

Pero las sentencias no se han pronunciado sobre estas cuestiones por no haber sido resueltas en los autos de 28 se abril y 29 de octubre, sobre lo cual se dejaron sus derechos á salvo al Fisco para que los hiciera valer cuando viere convenirle.

La objeción que se hace al otorgamiento de tres pertenencias á cada uno de los mandantes del señor Espech, no es tampoco contraria á las disposiciones del Reglamento de 1877. Por el contrario está ajustado á él.

Las pampas denunciadas como salitrales son de considerable extensión, y ha habido terreno bastante para que puedan hacerse estos pedimientos como descubridores, y las mensuras se han efectuado mediando la distancia de 5 kilómetros entre uno y otro descubrimiento, que es la que ha establecido el Código de Minería de 1888, en lo que ha derogado, en esta parte, al reglamento.

Relacionada con esta objeción está la supuesta infracción de la ley por haberse medido algunas pertenencias de manera que los lados de una pertenencia están á menos de 5 kilómetros y en algunas aún unidos. Pero estas distancias no están reglamentadas por ninguna disposición, y por el contrario en la práctica se ve que este procedimiento ha sido aceptado por la Delegación Fiscal de Salitreras.

Lo que la ley ha dispuesto es que los trabajos de exploración ó el pozo de ordenanza sean los puntos de partida para medir los 5 kilómetros de distancia que debe haber entre uno y otro descubrimiento.

La causal de casación del número 5.º, fundada en que al resolver no se pueden atender impugnaciones que no hayan sido alegadas en primera instancia se infringen nuevamente los artículos 97 y 56 del Código de Minería de 1874 y 1888, parece abandonada por no haberse hecho referencia á ella en el escrito de fundación, por lo cual se abstiene de ocuparse en ella.

Muchas leyes, tratados internacionales y demarcaciones científicas se suponen infringidas por haberse mensurado algunas pertenencias al norte del grado 23. Pero en realidad lo único que hay es el considerando 6º del auto de 29 de octubre que dice: "que es público y notorio que el señalamiento del grado 23 á que se refiere la operación no está bien definido, por haberlo fijado de un modo diverso los varios técnicos comisionados al efecto."

Con esta afirmación del juez, no se ha violado ninguna ley. El determinar este paralelo sería una cuestión de hecho; sobre esto hay datos en autos para poder afirmar que hay tantos paralelos fijados como técnicos se han comisionado para hacer esta operación.

La sentencia no aplica ni toma en consideración esas leyes. No rechaza la fijación del grado hecha por Pissis y Mujica, porque estos técnicos sólo fijaron un punto en la costa cerca de Mejillones, y respecto á la ubicación del paralelo se limitaron á dar una ubicación vaga que no puede fijar con la precisión necesaria la ubicación para resolver derechos de propiedad.

Esta fijación sólo tuvo en mira permitir el cumplimiento de los pactos internacionales, que no tuvieron más objeto que permitir el cumplimiento de los pactos con Bolivia relativos al reparto ó goce de impuestos, ó á exención de impuestos sobre ciertos artículos de producción ó de internación.

El informe del ingeniero señor Bertrand concurre á demostrar que no hay fijeza respecto á la fijación del paralelo 23. Este ingeniero aplicó las indicaciones del acta de Pissis, indicaciones que no son matemáticas sino calculadas. Y en su informe dice: "Para hacer desaparecer toda ambigüedad bastará admitir que la línea demarcada como el paralelo 23 por Pissis y Mujica, divide por mitad el pequeño ángulo que forman las dos líneas trazadas por el plano. Lo cual basta

para demostrar que el juez estuvo en lo cierto cuando dijo que era público y notorio que el paralelo 23 estaba fijado de modo diverso."

Al final del escrito en traslado pide una serie de declaraciones, que es innecesario enumerar y rebatir; pues basta en presencia de la ley, la irregularidad de lo que se pide.

Durante el juicio sólo se ha tratado de que están ubicadas al norte del grado 23 las descubridoras número 7 del grupo "Porvenir" y las descubridoras números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso". Ahora el representante fiscal objeta como colocadas al norte del grado 23 todas las descubridoras del grupo "Progreso" y también las del grupo "Porvenir" y "Nuevo Chile."

Excusando ocuparse sobre estos y otros puntos que no fueron materia del debate ni de las resoluciones impugnadas, concluye pidiendo que se declare inadmisible é improcedente este recurso, ó, en subsidio, que se deseche con costas

Oído el dictamen de uno de sus Ministros,

La Corte, resolvió:

Considerando:

1º Que solicitada por el representante de la Sociedad Diego Almeida, hoy Progreso, la mensura de las pertenencias que formaban aquella Sociedad, se opuso el Fisco á esa petición fundándose primero en que había caducado el derecho y alegando, más tarde, la prescripción, excepciones que fueron desechadas por sentencias de primera y segunda instancia;

2º Que fijado el día para la operación y designado por la Delegación Fiscal de Salitreras el ingeniero que debía presenciarla, se procedió á las mensuras del número 1 del grupo "Progreso" y números 1, 2, 3, 4, 5, 6, y 7 del grupo "Porvenir" y números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del "Nuevo Chile", habiéndose dejado constancia de que el ingeniero fiscal protestó de la ubicación que se dió á la descubridora número 1 del grupo "Progreso" y las descubridoras números 5 y 7 del grupo "Porvenir" que, según él, habían sido colocadas al norte del paralelo 23, afirmación que quedó desvirtuada más tarde por el mismo ingeniero, quien reconoció que esas descubridoras habían sido medidas conforme á las indicaciones generales que les señalaban los títulos, en vista de lo cual la sentencia resolvió que se procediera á la mensura con arreglo á los títulos presentados.

3º Que llevada á efecto la operación y solicitada la aprobación de las actas de mensuras, el mandatario que había constituido el Fisco pidió la presentación ante todo del expediente original sobre el juicio de mensura, que se había extraviado pues sólo se había podido encontrar el pedimento original del yacimiento "Progreso", y que se suspendiera la aprobación de las actas presentadas y la ejecución de las mensuras que estaban por practicarse.

4º Que acreditada la conformidad de la sentencia, inserta en el oficio dirigido á la Delegación Fiscal de Salitreras, con que se han iniciado estas gestiones, con el certificado del secretario que afirmó que la copia estaba conforme con el copiador de las sentencias que existe en la secretaría del juzgado, se inició por primera vez de un modo directo la oposición á la inscripción de la descubridora número 7, del grupo "Porvenir" por habérsele ubicado en un lugar diverso del que le asigna su propio título, pues se la ha ubicado al norte del paralelo 23.

5º Que esta oposición fué desechada por la resolución de 22 de abril de 1904 fundada en que de la exposición del injeniero fiscal designado para presenciar la operación, consta que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos aceptados por sentencia ejecutoria que obran en autos, aprobándose en consecuencia y sin perjuicio de terceros, la mensura de las pertenencia salitreras de la sociedad Diego Almeida, presentadas por el injeniero de minas don Guillermo Amenábar Ossa, las que están enumeradas en dicha resolución, y que son las que componen la descubridora número 1 del grupo "Progreso", las siete descubridoras del grupo "Porvenir" y las siete descubridoras del grupo "Nuevo Chile".

6º Que apelada esta resolución y mientras se seguían los trámites de este recurso, se procedió á la mensura de las seis descubridoras

del grupo "Progreso" que quedaban todavía por demarcarse, siempre con la protesta del injeniero fiscal de estar ubicadas estas pertenencias al norte del paralelo 23.

7º Que después de esta operación un nuevo mandatario del Director del Tesoro concretó su oposición á la inscripción de las actas de mensura, fundado: 1º en que las pertenencias 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso" se han ubicado al norte del paralelo 23; y 2º en que no se ha guardado entre ellas ó con las descubridoras vecinas la distancia de 5 kilómetros.

8º Que esta oposición, después de oído el representante de la Diego Almeida, fué fallada por resolución de 29 de Octubre de 1904 aprobando las mensuras de las expresadas pertenencias, fundada en que la operación pericial de las mensuras es el cumplimiento de lo ordenado por las sentencias ejecutoriadas que obran en autos y mandando inscribir dichas mensuras juntamente con la resolución y reservando su derecho á las partes para que los hicieran valer oportunamente.

9º Que según estos antecedentes, las apelaciones de las resoluciones de 22 de abril y 27 de Octubre de 1904 quedaron circunscritas á las cuestiones que debían resolverse en sentencia que son: haberse ubicado la descubridora número 7 del grupo "Porvenir" y las números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso" al norte del paralelo 23; y al hecho de no haberse mensurado las descubridoras á la distancia de 5 kilómetros de toda otra pertenencia.

10. Que la sentencia recurrida pronunciándose sobre las cuestiones debatidas y resueltas en primera instancia, se limitó á confirmar las resoluciones de 22 de abril y 29 de octubre que habían fallado únicamente las cuestiones sobre ubicación de las pertenencias y distancias que se habían guardado entre las mismas, por lo que la sentencia en este recurso de casación en el fondo debe limitarse al fallo de las infracciones de la ley que se imputan á estas resoluciones y no extenderse á otros puntos que no fueron materia de la litis.

11. Que la causal deducida por infracción del inciso 5º del artículo 703 del Código Civil está apoyada en el concepto de que los considerandos de las resoluciones de 22 de abril y 29 de octubre dan á entender que los pedimentos, arreglados ó no á la ley, han sido ya aceptados por sentencia ejecutoria y viene á servir de nuevo título, de manera que ya no sería posible examinar la legalidad de los pedimentos, está fundada esta causal en un concepto erróneo, tanto porque la sentencia no ha declarado que esa resolución constituya nuevo título, cuanto porque los considerandos ó fundamentos de esta sentencia, atendida su parte dispositiva, no importan una resolución judicial susceptible de casación.

12. Que, por otra parte, lo que la sentencia recurrida establece es que la resolución de 22 de abril ha reconocido que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos, y que esos títulos ó pedimentos han sido aceptados por sentencias ejecutorias que en copias autorizadas figuran en autos, afirmaciones que no hacen otra cosa que reconocer la existencia de hechos establecidos por el tribunal sentenciador que no pueden ser materia de contestación en un recurso de casación en el fondo, y que el artículo 958 del Código de Procedimiento Civil ordena dejar subsistentes, tales como han sido establecidos por la sentencia recurrida.

13. Que la parte dispositiva de la sentencia recurrida no importa una novación en el juicio, ni por su forma ni por su declaración, ni mucho menos una infracción del artículo 1628 del Código Civil, puesto que la sentencia confirmatoria de las de 22 de abril y 29 de octubre se limitó á resolver la demanda y desechar las dos excepciones opuestas por el Fisco demandado.

14. Que las copias de los pedimentos "Porvenir", "Progreso" y "Nuevo Chile" con que se ha procedido á efectuar las mensuras que se han impugnado por la defensa fiscal por no estar revestidas de los requisitos legales, motivo por el cual se dice que no son instrumentos públicos, están insertas en la sentencia ejecutoria enviada en nota á la Delegación Fiscal de Salitreras, cuya autenticidad ha sido acreditada por el certificado del secretario del juzgado, que afirma estar conforme la sentencia inserta en la nota con la que se encuen-

tra en el copiador de sentencias del juzgado.

15 Que la misma nota original ha sido el instrumento con que se ha iniciado el juicio de mensura, sin que se hubiera objetado su autenticidad, por lo cual el tribunal sentenciador no ha podido sin incurrir en una ilegalidad, pronunciarse sobre una cuestión que no fué materia de discusión durante el juicio.

16. Que lo que la sentencia recurrida establece es que las mensuras han sido practicadas en conformidad á sus títulos, los que han sido aceptados por sentencias ejecutoriadas que en copia corren en autos, afirmaciones de la causa establecidas por el Tribunal sentenciador, las que como se ha dicho, no pueden ser motivo de discusión ni exámen en un recurso de casación de fondo, de lo cual resulta que no ha sido violada la disposición del artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

17. Que la violación fundada en la infracción de los artículos 3, 5 y 6 del Reglamento de 28 de junio de 1877 por haberse concedido pertenencias de descubridores á los que no lo son, versa sobre una cuestión que no ha sido debatida en primera instancia y ha sido tratada solo en segunda, por lo cual la Corte de Apelaciones juzgando acertadamente, se limitó á resolver las cuestiones que fueron materia del juicio en primera instancia, dejando á salvo los derechos que pudieran tener las partes en los puntos que no habían sido propuestos oportunamente en el juicio.

18. Que no habiéndose pronunciado sentencia sobre esta cuestión no ha podido haber infracción de ley, y por tanto, no hay fundamento legal para interponer recurso de casación en el fondo, el que procede únicamente cuando ha habido infracción de ley.

19. Que en la violación de la ley imputada á la sentencia por haber aprobado las mensuras de las pertenencias á menor distancia de 10 kilómetros entre cada descubridora hay que tener presente que se ha deducido la acción en segunda instancia, después de haberse reconocido por el injeniero fiscal que todas las pertenencias están mensuradas á más de 5 kilómetros cada una, que es la distancia que el Ministerio de Hacienda, de acuerdo con el Consejo de Defensa Fiscal, ha mandado observar al hacer las mensuras, lo que por otra parte está de acuerdo con las distancias que el Código de Minería de 1877 establece que debe haber entre uno y otro descubrimiento de minas.

20. Que á lo dicho puede agregarse que en primera instancia el representante del Director del Tesoro impugnó las mensuras por no haberse guardado entre unas y otras descubridoras la distancia de 5 kilómetros, reconociendo que en un principio se había sostenido por los representantes fiscales que esa distancia debía ser de 10 kilómetros, pero que posteriormente por consideraciones de ley y de equidad y conveniencia fiscal, representadas por el Consejo de Defensa Fiscal, el Ministerio respectivo había dado instrucciones á los funcionarios para que se atuvieran á las disposiciones del Código de Minería y que sólo exigieran la distancia de 5 kilómetros entre unas y otras descubridoras.

21. Que el ingeniero fiscal de salitreras que asistió á las mensuras ha reconocido que el punto de partida entre una y otra pertenencia se tomó siempre á mayor distancia de 5 kilómetros, lo que importa el establecimiento de un hecho no contradicho por la defensa fiscal.

22. Que habiéndose procedido con arreglo á estas instrucciones y trabada la cuestión en primera instancia sobre si las pertenencias estaban mensuradas á menor distancia de 5 kilómetros, la sentencia no habría podido resolver otro punto que el debatido y no el referente á la distancia de 10 kilómetros.

23. Que no hay disposición legal que resuelva de una manera precisa si la distancia que debe mediar entre las descubridoras, debe medirse entre las líneas que encierran las pertenencias, ó si estas distancias deben medirse entre la escavación que constituye el descubrimiento, puesto que aún el artículo 7º del Reglamento previene que la mensura se ejecute "por dentro de las líneas que el descubridor solicite en la parte esplorada del terreno".

24. Que la conformidad en los procedimientos al practicar el registro, posesión y propiedad de los depósitos salitrales, está además regida por las disposiciones del Código de Minería en cuanto no están modificadas por las disposiciones del artículo 2º del Reglamento,

de modo que no habiendo reglas á que atenerse respecto á las distancias que deben guardar entre sí las líneas exteriores de las pertenencias, debe estarse á lo que prescriba el Código de Minería.

25. Que habiéndose discutido durante el curso de la causa sobre si las pertenencias número 7 del grupo "Porvenir" y números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso" se habían ubicado debidamente, y presentadas en segunda instancia por la Defensa Fiscal todas las pruebas que creyó necesarias para demostrar el hecho que las mencionadas pertenencias habían sido mensuradas al norte del grado 23, la sentencia recurrida consideró que el hecho afirmado por el representante fiscal no estaba acreditado suficientemente con la prueba de autos.

26. Que la circunstancia de haberse estimado como de hecho esta cuestión se manifiesta más claramente con el voto del Ministro disidente, quien despues de desechada su indicación para que se abriera un término de prueba dijo que cualquiera que fuera el mérito que se atribuyera á la afirmación que sostiene que las pertenencias han sido mensuradas al norte del grado 23, no hay en autos prueba legal bastante para acreditar esa circunstancia.

27. Que resultando que el tribunal sentenciador en uso de la facultad privativa que le corresponde, ha establecido que no está acreditada la existencia de los hechos que sirven de fundamento á la acción, no puede entrar el Tribunal de Casación á alterar esa resolución, que el artículo 958 del Código de Procedimiento Civil, en su parte final manda respetar en la forma que han quedado establecidos en el fallo recurrido.

28. Que la causal de casación deducida contra esa resolución no importa la infracción del tratado de 1874, promulgado como ley de la República, porque según consta del inciso 1º del artículo 2º del tratado, lo practicado por los comisionados, según consta del acta de 1870 de los peritos Pissis y Mujica, fué establecer un hito que sirviera de punto de partida para trazar los paralelos, los que nunca fueron materialmente demarcados en el terreno; lo que se demuestra también con lo expuesto en el mismo tratado en que se espula "que si hubiera duda acerca de la exacta ubicación del asiento minero de Caracoles ó de cualquier otro lugar productor de minerales, fuera de la zona comprendida entre esos paralelos, se procediera á determinar dicha ubicación por una comisión de dos peritos". Y consta todavía de autos que ingenieros del Gobierno, que en diversas ocasiones han ejecutado estudios y observaciones para determinar la ubicación parcial del paralelo 23, no han estado de acuerdo en la ubicación precisa de ese paralelo.

29. Que los fundamentos que se acaban de exponer manifiestan al mismo tiempo lo injustificado de la causal fundada en la infracción de la ley de 2 de mayo de 1879, sobre atribuciones conferidas al Gobierno respecto del territorio comprendido entre los paralelos 23 y 24 y decretos de 24 de junio del mismo año.

Con el mérito de estos fundamentos y disposiciones legales citadas, se declara que no ha lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de 14 de marzo de 1905.

Redactada por el señor Ministro Palma Guzmán.

Acordada contra el voto de los señores presidente Varas y Ministros Gallardo y Fóster Recabarren, quienes fueron de opinión que se diera lugar al recurso por las razones que consignan en sus votos en el libro de acuerdos.

El Ministro señor Palma Guzmán ha tenido además presente que ha sido práctica constante en la Corte Suprema rechazar las oposiciones hechas por la Delegación Fiscal de Salitreras para llevar á efecto mensuras de salitreras que se decían estar al norte del grado 23, por considerar que estando resuelto que debían mensurarse las pertenencias con arreglo á los títulos, no podía alterarse lo fallado por sentencia ejecutoria.

La oposición del Fisco por esta causa debía hacerse en el juicio para declarar el derecho á la mensura, y nó después de haberse reconocido el derecho.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.—E. Fóster Recabarren.*

VOTO ESPECIAL DEL PRESIDENTE SEÑOR DON CARLOS VARAS

Don Hermójenes Alfaro, en representación de la Compañía Salitrera Progreso, dueño hoy de las pertenencias que forman los grupos "Progreso", "Porvenir" y Nuevo Chile, ha seguido las gestiones judiciales á que se refieren los autos en que ha recaído la resolución definitiva expedida por la Corte de Apelaciones de Santiago en mayo de 1905 con el objeto de que sean aprobadas las mensuras de las salitreras mencionadas.

La causa se ha tramitado con intervención del representante fiscal, quien se opuso a la aprobación de dichas mensuras.

Esta oposición fué desestimada por las resoluciones expedidas por el Juzgado de Letras de Antofagasta en 22 de abril y 29 de octubre de 1904 que aprobaron las mensuras reclamadas.

Estas resoluciones tomaron en consideración la reclamación hecha por el Fisco en contra de las mensuras fundada en que se han mensurado veintiuna pertenencias por cada uno de los tres descubrimientos de que se trata, cuando sólo corresponde mensurar tres.

Esta reclamación y petición para que no fuesen aprobadas las mensuras aparece presentada en el juicio el mismo día en que se dictó la resolución y agregada á los autos antes de dicha resolución.

En solicitud recayó la providencia de "tengase presente". Tanto esta providencia como la forma material del proceso indican que la solicitud recordada, fué presentada y conocida del Juzgado antes de expedirse la resolución aprobatoria de las mensuras, circunstancias que aparecen corroboradas con el hecho de que en ninguna ocasión se hubiere expresado por los interesados que su presentación fuese posterior.

La petición fiscal fué reiterada en segunda instancia y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago declaró no haber lugar á un pronunciamiento respecto de ella, sin perjuicio de los derecho que el Fisco pudiera ejercitar.

De los antecedentes expuestos resulta que se procedió por las resoluciones de primera y de segunda instancia á la aprobación de las actas de mensura sin que previamente se hubiesen resuelto las reclamaciones que antes de ser aprobadas se habían hecho valer por la parte fiscal.

La sentencia recurrida al aprobar esas actas, dejando sin resolver aquellas reclamaciones y reservando al Fisco su derecho para hacerlo valer con posterioridad, infringe, á juicio del infrascrito, los artículos 56 y 58 del Código de Minería de 1888, infracciones que han sido invocadas por el recurrente.

El artículo 56 dispone, en su inciso segundo que el acta de mensura se mandará inscribir por el juez, hallándola completa y legal; y el 58 que la operación practicada en conformidad á lo dispuesto en los artículos anteriores será inmutable y constituirá definitivamente el título de propiedad de la mina, sin que pueda ser impugnado sino por error pericial constante de la misma acta en que se consignó, ó por razón de fraude ó dolo.

En uno de los anteriores artículos del mismo título, el artículo 49, se prescribe que el juez ordenará se proceda á la mensura, resueltos por sentencia los litigios á que hubiera dado lugar la respectiva petición.

De estas disposiciones legales se deduce que la ley ha querido constituir el acta de mensura aprobada en título de propiedad que no esté sujeto á controversias futuras en que se trate de impugnar ó desconocer el derecho que se ha ejercitado por el minero. Por esto es, que prescribe resolver antes de la mensura los litigios á que diere lugar y ordena al juez no inscribirla si no fuere completa y legal. Y no puede estimarse legal una mensura á la cual se ha objetado el defecto de comprender ventiuna pertenencias por grupo de descubridores cuando se sostiene por el litigante que únicamente le corresponden tres.

No cabe aprobar mensura dejando sin resolver una cuestión que afecta los derechos que hacen valer, ni puede considerarse título inmutable de propiedad aquel que está sujeto á una reclamación de tal entidad que el derecho del minero pudiera ser reducido á tres pertenencias en vez de veintiuna.

La Corte de Apelaciones al aprobar las ac-

tas sin estar resueltas las reclamaciones hechas en contra de las mensuras y reservando á la parte que interpone la reclamación el derecho de ejercitar su acción en juicio posterior, se aparta de la prescripción legal y la infringe.

El de propiedad que ordena dar no es ya el inmutable que contempla la ley, sino uno que puede estar sujeto á variaciones según sea el resultado de un litigio futuro.

Se ha observado á este respecto que tales cuestiones debieron haberse ventilado en el juicio anterior que se siguió para obtener la declaración del derecho para mensurar pertenencias indicadas en los títulos exhibidos que son las mismas que se han mensurado; y de consiguiente hay cosa juzgada en cuanto á ese punto; porque las sentencias anteriores le reconocieron este derecho.

Pero la verdad es que esta alegación, fundada ó nó, debió hacerse cuando se reclamó explícitamente de las actas, y se pidió no fueran aprobadas, y el juez debió resolver acerca de ella antes de aprobar las mensuras; pero no ha sido lícito ni es legalmente aceptable que sin caer resolución sobre ese punto, se dé como establecido.—*Carlos Varas.*

VOTO ESPECIAL DEL MINISTRO SEÑOR GALVARINO GALLARDO

El infrascrito,—disintiendo de la mayoría del Tribunal,—ha opinado en favor de la aceptación del recurso de casación en el fondo, interpuesto por el Fisco en contra de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 14 de marzo de 1905, que confirmó los autos recaidos en las solicitudes de la Compañía Progreso, de Antofagasta, para obtener la aprobación judicial de las mensuras de las pertenencias què forman los depósitos salitreros denominados "Progreso", "Porvenir" y "Nuevo Chile".

Ha tenido en cuenta el infrascrito, para sustentar esta opinión, las consideraciones que se expresan á continuación:

La sentencia de la Corte de Apelaciones, contra la cunl se ha deducido recurso de casación en el fondo, confirmó los autos de 22 de abril y 29 de octubre del año 1904 que aprobaron las mensuras de las pertenencias reclamadas por la "Progreso"; rechazó lo solicitado por el Director del Tesoro, á nombre del Fisco, en lo principal del escrito y finalmente declaró:

"... que no ha lugar á dictar un pronunciamiento respecto de las peticiones hechas por el Fisco ante este Tribunal, por no haber sido ellas formuladas en primera instancia, y en consecuencia, sin perjuicio de los derechos que el Fisco pudiera ejercitar".

Las peticiones que no creyó poder considerar la Corte, fueron expuestas y motivadas en el escrito, y se refieren á que las actas de mensuras correspondientes á los pedimentos "Progreso", "Porvenir" y "Nuevo Chile", destinadas á poner término definitivo al juicio sobre mensura seguido al Fisco por la Sociedad "Diego Almeida", contienen ilegalidades y error pericial.

En ese escrito sostiene el representante fiscal que, independientemente de las observaciones relativas á la ubicación de la descubridora número 7 del grupo "Porvenir", hecha al Norte del paralelo 23, hay la circunstancia de que se han dado siete descubridoras, ó sea, una descubridora á cada uno de los siete solicitantes de los pedimentos, siendo que sólo podía concederse descubridora á uno de los recurrentes, á don Roman Espech, en conformidad al artículo 3º del Reglamento de 28 de Julio de 1877, de donde emanan las concesiones.

Este artículo prescribe que se considerará como descubrimiento un depósito virgen que se halle á distancia de 10 kilómetros, á lo ménos, de algún depósito que haya sido explorado y explotado, ó se halle en actual estado de explotación; y el artículo 5º concede un estacamento compuesto de tres pertenencias á los descubridores.

El representante fiscal observaba, en el escrito, que de los pedimentos exhibidos por la "Progreso" aparece que sólo el señor Espech era deccubridor, y que las demás personas no tienen derecho sino á un estacamento con una pertenencia como lo dispone el inciso 2º del artículo 6º del Reglamento del 77, siendo así manifiesta la contravención á estas disposiciones en que se ha incurrido al practicar las

mensuras objetadas. Agregó que no podía argüirse que existe cosa juzgada al respecto porque en la demanda se hablaba de 21 pertenencias por cada pedimento y de un total de 63, pues, lo único que resolvió la sentencia es reconocer el valor legal de los pedimentos y mandar practicar las mensuras correspondientes.

Como queda expresado, la Corte de Apelaciones, en su fallo de 14 de marzo de 1905, no se pronunció sobre estas peticiones hechas por el Fisco, "por no haber sido ellas formuladas en primera instancia". Esta afirmación no es enteramente exacta, pues, antes de que el juzgado aprobase las mensuras de las pertenencias número 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso", el representante fiscal en Antofagasta, don Alfredo Vicuña Correa, pidió en el escrito que no se aprobaran las respectivas actas de mensuras, "por haberse medido como descubridoras lo que la sentencia solo reconoció como pertenencias simples". En el otrosí de ese escrito agrega que acompaña un informe de la Delegación Fiscal de Salitreras sobre el particular, y pide se tenga presente ese documento al resolver, y el juzgado, por providencia accedió á esta solicitud.

Es, por tanto, de toda evidencia, como que ello consta de autos, que las observaciones del Fisco sobre el número de descubridoras y las peticiones consecuenciales, fueron formuladas en términos claros y categóricos en primera instancia respecto de los números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso", de modo que se asevera un hecho que no está conforme al mérito de autos, cuando afirman los demandantes de un modo absoluto que esas peticiones no fueron deducidas en primera instancia.

Por los representantes de la "Progreso" se ha sostenido, durante la secuela del juicio, que no son admisibles las alegaciones basadas en la infracción de los artículos 3º, 5º y 6º, del Reglamento de 28 de julio de 1877, ó sea, en haberse concedido pertenencias de descubridores á los que no lo son. A efecto de robustecer esta tésis, se observa que esas alegaciones constituyen una cuestión que no ha sido planteada en primera instancia, sino en segunda, y que, en consecuencia, la sentencia recurrida no pudo tomarlas en consideración para fallarlas en cualquier sentido:

Si estas aseveraciones fuesen efectivas y estuvieran comprobadas en los autos, sería de toda evidencia que la resolución de la Corte de Apelaciones estaría dentro de las reglas del procedimiento civil, pues, solo se habría pronunciado acerca de las cuestiones que fueron materia de litigio, reservando al Fisco sus derechos respecto de las que no hubieran sido planteadas y controvertidas por las partes en la oportunidad legal. Pero los autos encierran la más inequívoca comprobación del hecho contrario, y, en realidad, el incidente sobre el número de descubridoras números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso" se promovió con absoluta claridad y oportunamente en primera instancia antes de que se espidiera el fallo del juez señor Urzúa, que aprobó las mensuras de esas pertenencias. Con el propósito de no dejar la más lijera duda acerca de este hecho fundamental en concepto del infrascrito, conviene recordar que fué durante la primera instancia, y aun antes de que se dictara el fallo, cuando presentó el abogado del Fisco señor Vicuña Correa, el escrito acompañado del oficio de la Delegación Fiscal de Salitreras, en el cual se plantea esta cuestión con toda nitidez.

A fin de poner más de relieve el error del fallo recurrido, en cuya virtud la Corte no se pronunció legalmente sobre el fondo de las cuestiones debatidas, cabe hacer notar que en el escrito, el representante fiscal expuso que el pedimento "Progreso" solamente da derecho á una descubridora y seis estacas, mientras la sociedad demandante pretende tener derecho á siete descubridoras, es decir á veintiuna estacas; y que los términos del pedimento y los de la escritura social de la "Diego Almeida" sirven para demostrar que solamente Espech fué descubridor.

He aquí la parte pertinente de ese escrito:

"¿El pedimento "Progreso" da derecho á qué? Pura y esclusivamente á una descubridora y seis estacas.

"He de justificar mi aserto con las consideraciones que siguen:

"Hay dos fuentes de las que fluyen esas con-

sideraciones: el mismo pedimento y la escritura social.

"Dice el pedimento página 51 vlta: "He descubierto una pampa de salitre ubicada en el llano que se extiende al Oriente de Sierra Gorda y al Norte del cordón de cerros denominados Punta Negra, prolongándose la mancha de salitre de Sur á Norte."

"Por la redacción del pedimento se ve que sólo se señalan las demarcaciones que individualizan una descubridora, y las demás ¿qué límites tendrían? No los señala el pedimento. No habiendo límites no hay distancia y no pueden en consecuencia, aparecer como descubridoras pertenencias sin límites.

"Por el contrario, las estacas se piden sin fijar límites porque las estacas siguen á continuación de las descubridoras y basta que solo éstas se limiten. El pedimento "Progreso" está conforme en esto con la práctica de no señalar á las estacas límites propios sino como única referencia á las descubridoras á que acceden.

"Además, hay otra razón para estimar que el pedimento "Progreso" no da origen á las siete descubridoras que pretenden. Hay una manifiesta diferencia en la redacción de los pedimentos "Nuevo Chile" y "Porvenir" con la redacción del pedimento "Progreso"; en los dos primeros se dice especialmente que se pide una descubridora para cada uno, mientras que en el pedimento "Progreso" se dice: "adjudicando en primer lugar las pertenencias que personalmente me corresponden y sucesivamente la de mi representado". Fíjese US. en este artículo usado en singular que se refiere á la pertenencia que corresponde á cada uno de los comitentes, y cuando habla el mismo pedimento respecto á las pertenencias que le corresponden á Espech, tiene buen cuidado de decir las pertenencias. ¿No se ve claro que Espech pidió una descubridora para sí y una estaca para cada uno de sus compañeros? Y con este pedimento, tal como está, fué entablada la demanda y la sentencia de la Corte mandó mensurar lo que contiene ese pedimento.

"¿Porqué el Juzgado de US. encargado del cumplimiento de la sentencia ha de dar más de lo pedido y reconocido, si llegaran á aprobarse las actas en cuestión? ¿Cómo podría US. reconocer á una sociedad como ésta que según ellos ha pedido mensura para veintiuna pertenencias, cuando el decreto de 13 de septiembre del 76, limita á diez el número de pertenencias que puede reunir una sociedad ó persona?

"La escritura social sirve, como el mismo pedimento, para demostrar que las siete descubridoras que hoy se quieren mensurar no tienen título ni alegado ni declarado por la Corte.

"De la redacción de la escritura social aparece que lo aportado á la sociedad son, en cada grupo, tres pertenencias pertenecientes á Espech y una pertenencia aportada por cada uno de los veinte socios restantes, que unidos al otro socio Espech, no dan las veinticuatro. Y así se suman las veintitrés pertenencias que habla el artículo 2º de la Sociedad, página 39 y siguientes. Veintitrés pertenencias en cada grupo: como son tres, resulta de sesenta y nueve el haber social.

"Y sin embargo, fusionados los tres grupos, tal como ellos lo quieren, con siete descubridoras cada uno, tenemos que cada grupo se compondrá de veintiuno y veintiuno por tres es igual á sesenta y tres; y faltan seis entonces para completar el haber social de sesenta y nueve. ¿Cómo se esplica esta falta de seis estacas? De una manera muy sencilla: Reconociendo que lo que solicitaron Espech y sus comitentes fué una descubridora y seis estacas á continuación de esa descubridora, es decir nueve estacas en total y las que faltan para completar las veintitrés estacas de que se compone cada grupo, es decir catorce, las aportan respectivamente los catorce socios que, unidos á Espech y sus seis comitentes, forman los veintiún socios que enumera el artículo 2º de la Sociedad. Las veintitrés pertenencias se dividen entonces así; tres para Espech por descubridor y las veinte restantes, una por cabeza.

"Si así no fuera resultaría que en la Sociedad Diego Almeida, solo siete socios aportan, quedando catorce socios sin aporte social.

"Las catorce estacas aportadas, como decía antes, por los catorce socios, están expresadas en la escritura social, de manera que no solamente hacen imposible que estas catorce estacas se conviertan en catorce descubrido-

ras y explica esta interpretación la frase siguiente del artículo 2º de los estatutos;

"Si los señores Juan Weelwrit y otros también peticionarios de una pertenencia en cada descubrimiento". No me detendré en analizar que el adverbio también implica repetición, igualdad. Quedan pues en la misma situación el señor Weelwrit y los firmantes de la escritura social.

"En la distribución de las acciones de la Sociedad aparece Román Espech con la adjudicación triple en acciones á la de los otros socios, y esto guarda consonancia con lo que he querido demostrar: que el grupo "Progreso" se compone de una sola descubridora y seis pertenencias simples.

"Por las consideraciones que anteceden se ha de servir US. no prestarle su aprobación á las actas de mensura número 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso".

"Se interpreta de una manera errónea la sentencia que les concede el derecho de mensurarse. La sentencia declaró válido el pedimento "Progreso". Los interesados fijaron el alcance del pedimento "Progreso" al constituir la Sociedad Diego Almeida y entonces creyeron que solo daba derecho á una descubridora y seis estacas, es decir, nueve que unidas á las catorce estacas aportadas por los catorce socios citados, forman las veintitrés de que consta el grupo "Progreso". Hoy se desconoce ese significado por los interesados y se le da una significación mucho mas amplia.

"Por tanto á US. suplico se sirva no aprobar las dichas estacas de mensura por haberse pedido como descubridoras, lo que la sentencia solo reconoció como pertenencias simples".

Independientemente del escrito del señor Vicuña Correa, cuya parte sustancial queda trascrita, y que el Juzgado ordene tener presente, existe el oficio de la Delegación Fiscal de Salitreras, en el cual dice el señor Lastarria que eran nulas todas las mensuras de la Sociedad Diego Almeida, á excepción de las tres descubridoras del señor Espech; que la sentencia recaída en el juicio primitivo declaró únicamente el derecho de la Diego Almeida á mensurarse con arreglo á sus títulos, y esto no la autorizaba para verificarlas ilegalmente; y que de los términos del poder conferido á Espech en Caracoles, el 24 de septiembre de 1879, se desprende que los seis poderdantes que lo suscribieron entendieron que solo el señor Espech sería el beneficiado con el carácter legal de descubridor. En la parte final del oficio del Delegado Fiscal de Salitreras, señor Lastarria, se consignan los siguientes párrafos que resumen sus observaciones:

"Con lo expuesto estimo que usted podrá probar al juzgado que las mensuras practicadas están más allá de lo pedido por el señor Espech, y creo haberle puesto de manifiesto la nulidad de los pedimentos "Porvenir" número 14, y "Nuevo Chile" número 15; y como creo que las sentencias que se hacen valer no han reconocido dichos títulos puesto que en cualquier momento se podrá probar su nulidad. Según entiendo sólo ha reconocido el derecho que tiene la Sociedad Diego Almeida á mensurar los títulos legales que presente; y en todo caso la posesión y mensura será conforme á las leyes y se entregará á las personas que presenten los poderes de los peticionarios. No siendo así, creo que dichas mensuras son nulas y cualquiera podrá en seguida exigir su nulidad para que pasen dichos terrenos á ser propiedad fiscal.

"En la suposición que dichos dos títulos fueran legales, no podría en ningún caso mensurarse sino una sola descubridora en cada título, puesto que las otras seis, que se han medido con cada uno de ellos, son evidentemente nulas, puesto que la Sociedad Diego Almeida no presenta los poderes de los seis poderdantes anónimos á que se refieren ellos."

Si estas fueron las consideraciones alegadas y las peticiones deducidas, tanto en el escrito del Delegado Fiscal de Salitreras como en el que presentó el mandatario del Director del Tesoro, y si todo esto el Juzgado mandó tenerlo presente, se llega á la conclusión de que no debió la Corte de Apelaciones, en la sentencia recurrida, dejarlas sin resolución por considerar erróneamente que esas cuestiones podían quedar sin fallo alguno. Si la

Corte de Apelaciones las hubiera tomado en cuenta, es indudable que habría tenido que resolverlas en cualquier sentido declarando que tanto Espech como sus seis socios tenían los privilegios de descubridores; ó bien declarando que sólo aquél era descubridor, conforme á lo alegado en el escrito del señor Vicuña Correa, que fué presentado y proveído antes de que el Juzgado se pronunciara sobre las mensuras de las descubridoras números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la "Progreso". Si el Tribunal en segunda instancia se hubiera pronunciado sobre el particular, es evidente que no habría hecho en favor del Fisco una reserva de derechos inconciliable con la naturaleza jurídica de toda operación pericial de mensura aprobada judicialmente.

Para desvanecer cualquiera objeción al respecto, conviene recordar que el auto del juez señor Urzúa, manifiesta que este funcionario declaró aprobadas las mensuras de las pertenencias números 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del grupo "Progreso", después de pronunciarse sobre las peticiones y alegaciones del escrito, como se demuestra con la lectura del considerando 4º de ese auto de 20 de octubre. Dice ese considerando:

"Que la oposición deducida actualmente por el representante del Director del Tesoro debió alegarse como excepción durante la secuela del juicio de mensura, y no corresponde hacerlo ahora en esta incidencia sobre cumplimiento de lo ya resuelto."

No hay duda alguna acerca de que este considerando 4º se refiere á las observaciones y peticiones del escrito del señor Vicuña Correa; pues, los demás considerandos, los que llevan los números 5, 6 y 7 están estrecha y naturalmente relacionados con las otras impugnaciones aducidas anteriormente por el primer mandatario del Fisco, señor José Manuel Errázuriz; y que versaban sobre dos cuestiones: los kilómetros de distancia que debían haber entre las pertenencias con las descubridoras vecinas; y la ubicación de algunas pertenencias al norte del paralelo 23.

Basta relacionar la naturaleza de las objeciones propuestas por el señor Errázuriz con los considerandos 6 y 7 para comprender que el considerando 4º no se refiere á esas objeciones, sino al escrito de fs. 170. y para dejar así demostrado que, respecto del grupo "Progreso", eliminando el número 1, se promovió oportunamente, en primera instancia, la cuestión acerca de si los peticionarios tienen ó no el carácter de descubridores; y si en consecuencia, se les ha podido dar una pertenencia simple ó una tiple pertenencia.

La afirmación del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en orden á que esas peticiones no fueron formuladas en primera instancia, sólo es efectiva, por tanto, con relación á las pertenencias cuyas mensuras fueron aprobadas por el auto de 22 de abril y carecen de exactitud respecto de las comprendidas en el de 29 de octubre como queda comprobado.

Por otra parte, la cuestión promovida sobre el número de descubridoras no ha sido ventilada en el primer juicio, que inició don Hermójenes Alfaro, en representación de la sociedad Diego Almeida ante el Juzgado de Antofagasta.

En aquel litigio el demandante hizo referencia á veintiuna descubridoras, ó sean, sesenta y tres pertenencias; y estableciendo el alcance de la acción interpuesta, expresó que interponía demanda contra el Fisco á fin de que en definitiva, se declarase su derecho á mensurar los pedimentos de don Román Espech, acompañados á su escrito. En consecuencia, aunque hubiere dicho don Hermójenes Alfaro, en el cuerpo de la demanda, que las pertenencias reclamadas eran sesenta y tres, ó un número mayor, esto nada habría significado ya que en el fondo, la determinación del número de pertenencias no depende del mero arbitrio del demandante, sino de los términos en que aparezcan válidamente concebidos en los pedimentos, desde que las sentencias judiciales en estas materias, se limitan á reconocer y declarar el derecho del peticionario á mensurar las estacas que efectivamente le corresponden según el mérito legal del pedimento y no según las aseveraciones que se hagan en el escrito de demanda. Las afirmaciones de los peticionarios relativamente al número de pertenencias solo son atendibles en cuanto estén conformes con la verdad intrínseca del pedimento, y con las disposiciones legales que rigen la materia. Lo contrario importaría suponer que las se-

tencias judiciales deberían librarse en virtud de las declaraciones de los demandantes, sin atender al alcance jurídico de los pedimentos. Las expresiones más ó menos calculadas, de los pedimentos no tienen en sí el valor legal suficiente para adquirir un título en tal ó cual sentido. La manifestación y registro de la mina, la ratificación del registro por medio de un pedimento y el registro del pedimento, es decir, todas las diligencias legales que deben practicarse antes de la mensura hecha de orden judicial, forman un título provisorio que no tiene por sí solo el mérito probatorio que atribuyen los representantes de la "Progreso" á los pedimentos, que acompañaron el primer juicio fallado en abril de 1901, por el Juzgado de Antofagasta. El artículo 39 del Código de Minería prescribe:

"Las referidas diligencias servirán de título provisorio de la propiedad de la mina, hasta que se constituya, á petición del registrador ó de parte interesada, el título definitivo por la mensura de la pertenencia que se hiciere de orden judicial.

"Pero el contenido de ese título provisorio no podrá servir en ningún caso de prueba legal."

Las sentencias judiciales tienen, pues, que fundarse en estas materias en el mérito legal de los pedimentos aun cuando los peticionarios les den un alcance mayor del que en realidad tienen, tanto más cuanto que las sentencias judiciales, con arreglo á lo prescrito en el inciso 5º del artículo 703 del Código Civil, no forman nuevo título para legitimar la posesión. De aquí porqué los fallos expedidos en el juicio iniciado por don Hermójenes Alfaro, no pueden conceptuarse como base originaria del derecho reclamado por la "Progreso", haciéndose caso omiso del verdadero valor de los pedimentos de don Román Espech.

La discusión entre el Fisco y don Hermójenes Alfaro, representante de la "Progreso", quedó limitada en aquel juicio á las dos excepciones de caducidad del título y de prescripción que opuso el mandatario del Fisco. Este sostuvo que la concesión había caducado por falta de cumplimiento de las condiciones impuestas por la ley al concesionario, y que, en todo caso, su derecho se había extinguido por prescripción.

La cuestión relacionada con la extensión de los derechos conferidos por los pedimentos, suponiéndolos válidos y libres de impugnaciones, no fué discutida en aquel litigio, según lo demuestra la sentencia de primera instancia expedida en 13 de abril de 1903, por lo que no hay cosa juzgada que pudiera invocar como excepción la "Progreso" para negarse á discutir con el Fisco el punto de que se trata.

Los considerandos de ese fallo permiten formarse idea cabal de las cuestiones debatidas entonces, y suministran la confirmación del hecho que anotamos al aseverar que, durante aquel juicio, no se discutió cual era la extensión efectiva de los derechos que reclama la "Progreso". He aquí esos considerandos;

Considerando:

1º Que el Código de Minería que rigió hasta el 1º de Enero de 1889, disponía que los salitres y demás sustancias de la misma clase que se encontrasen en terrenos eriales del Estado y de las Municipalidades, fuesen de explotación común para los particulares, sin perjuicio del derecho del Estado ó de las Municipalidades para concederlas á los particulares en la extensión y bajo las condiciones que se determinasen en contratos celebrados especialmente, ó que se estableciesen en los reglamentos que se dictaren al efecto.

2º Que, usando de la autorización concedido por el indicado artículo, el Supremo Gobierno dictó el (decreto) reglamento del 28 de julio de 1877, en que señaló las condiciones ó reglas para obtener concesiones de terrenos salitreros y borateras, sin perjuicio de las disposiciones del Código de Minería en lo que no fuesen modificadas por dicho reglamento.

3º Que respecto de los pedimentos á que se refiere este juicio, según se ve en los títulos adjuntos á la demanda, se procedió de conformidad con las disposiciones del Código de Minería vigente entonces y del indicado supremo decreto, adquiriéndose así un derecho provisorio, hasta que, por la mensura, se constituyera el título definitivo.

4º Que es verdad que el actual Código de Minería, en su artículo 3º, dispone que el Estado se reserva la explotacion de nitratos y sales amoníacales análogas que se encuentren en terrenos del Estado ó de las Municipalides, empero, á continuación, y de acuerdo con los principios sentados en el artículo 9º del Código Civil, se agrega que se exceptúan los depósitos sobre los que por leyes anteriores se hubiese constituido propiedad minera, y ya se ha dejado establecido en el considerando anterior que respecto de las pertenencias de que se trata en este juicio, se había adquirido un derecho efectivo.

5º Que la sanción de las obligaciones previstas en el citado supremo decreto de 28 de julio de 1877, era el despueble, el cual, según el anterior Código de Minas, requería ser denunciado y declarado judicialmente, y en el presente caso no hay constancia de que se hubiere presentado denunciante.

6º Que la prescripción extintiva de acciones deducidas por el señor Promotor Fiscal, según se desprende del artículo 2514 del Código Civil, se refiere á las acciones en que se exige de otra persona el cumplimiento de una obligación de ésta, como la acción del cobro de dinero dado en préstamo, por ejemplo, y en las cuales el plazo de prescripción corre desde que la obligación se haya hecho exigible.

7º Que la mensura de una pertenencia salitrera es una de las varias diligencias tendentes á constituir un título definitivo y completo de propiedad, no supone una forma obligada de quien se haya de exigir obligación alguna, es sólo un trámite, una operación pericial.

8º Que aun más, los supremos decretos de 28 de mayo de 1887 y 22 de diciembre de 1896, han mantenido en suspenso respecto de los concesionarios de pertenencias de Aguas Blancas, las obligaciones prescritas en varios artículos del supremo decreto de 28 de julio de 1877, de modo que, aunque fuera procedente, en casos como el presente, la prescripción, estaría también en suspenso el plazo de ella. Por tales consideraciones y disposiciones legales citadas y artículo 1698 del Código Civil, se declara que ha lugar á la demanda y que no ha lugar á la prescripción.

Los considerandos anteriormente trascritos demuestran que ni siquiera de un modo incidental, se ventiló entre la "Progreso" y el Fisco, la cuestión relacionda con el número de descubridoras que debían mensurarse en las pampas "Porvenir", "Nuevo Chile" y "Progreso". En dicho litigio se trataba únicamente, por parte de los demandantes, de obtener una declaración judicial que reconociera el valor jurídico de los pedimentos hechos por don Román Espech y no había para qué entrar á discutir el otro punto referente á la extensión efectiva en el terreno, de los derechos nacidos de esos pedimentos. En consecuencia, no puede alegarse que, antes de la fecha de los autos de 22 de abril y de 29 de octubre de 1904, aprobatorios de las mensuras practicadas, existía alguna sentencia ejecutoriada que hubiera resuelto, en un sentido ó en otro, la cuestión sobre el número de descubridoras, promovida como ya se ha demostrado, en la primera instancia de estas tramitaciones

A pesar de comprender la apelación del auto de 29 de octubre, las peticiones propuestas en tiempo, ante el juez *a quo*, y no obstante la ampliación de esas peticiones á las demás pertenencias indicadas en el escrito, la sentencia recurrida no se pronunció en cuanto á las primeras; y en cuanto á las segundas tampoco se pronunció por no haberse formulado en primera instancia. De manera que la Corte de Apelaciones se limitó á confirmar los dos autos que aprobaron todas las actas de mensura, sin resolver nada definitivo sobre las cuestiones relacionadas que afectan sustancialmente y en términos considerables, la calidad y extensión de los derechos de propiedad invocados por los mandatarios de la "Progreso."

Las resoluciones judiciales sobre mensuras, con arreglo á las disposiciones del título IV del Código de Minería, fijan de un modo permanente los derechos de las partes que son, en este caso, el Fisco y la compañía expresada. Esas resoluciones llamadas á perfeccionar con carácter definitivo el título del peticionario de la mensura, no pueden expedirse condicionalmente, ni como lo hace la sentencia recurrida, con reservas de derechos, dejando

sub-lite los de una de las partes, pues en cualquiera de estos casos, no surtirían en toda su plenitud, los efectos jurídicos que señala el artículo 58 del citado Código, el cual establece que la operación de la mensura, aprobada judicialmente, "será inmutable y constituirá definitivamente el título de propiedad de la mina".

El pronunciamiento del auto aprobatorio de las mensuras con la reserva de derecho declarada á favor del Fisco, importa, en realidad, dejar en suspenso los efectos legales de las mismas, desde el momento que quedan subordinadas á lo que se resuelva, en definitiva, en el litigio que debe interponer el Fisco con arreglo a las peticiones que ha deducido en la secuela de este juicio.

Miéntras tanto, el espíritu de la ley en esta materia es que no se aprueben judicialmente las mensuras, si hay cuestiones pendientes sobre ellas, á fin de que esa operación sea, como lo dice el artículo 58, inmutable y constituya definitivamente el derecho del propietario de la mina, "sin que pueda ser impugnada sino por error pericial constante de la misma acta en que se consignó ó por razón de fraude ó dolo".

Este mismo propósito inspiraba al Código de Minas del año 1874 y, en efecto, conforme al artículo 91 de este último, el juez podía ordenar la operación pericial sólo en los casos de no haber recaído contradicción en la solicitud de mensura ó de estar ya resueltos por sentencia definitiva los litigios á que ella hubiere dado lugar.

La razón de este precepto del Código del año 1874, como la del artículo 58 del Código vigente, es una misma: es la necesidad de evitar que los fallos tengan una duración precaria ó temporal, y que, apenas librada una sentencia, vuelva á quedar sometido el derecho real de propiedad del minero á las eventualidades inherentes á cualquier litigio. El legislador ha querido satisfacer esta necesidad estableciendo los requisitos que deben llenar las sentencias judiciales que aprueban las mensuras, y que finiquitan las cuestiones relativas á la constitución del derecho de propiedad del minero.

Si esta no fuera la intención manifiesta del legislador, no se comprendería con qué objeto ordenaba el artículo 99 del antiguo Código, que la operación pericial de la mensura de una pertenencia sólo pudiera ser aprobada por la justicia para constituir un título definitivo en el caso de que no hubiese recaído contradicción en la solicitud de mensura, ó de que estuviesen resueltos por sentencia definitiva los litigios que hubieren ocurrido. Tampoco se comprendería el propósito del legislador, manifestado en el artículo 58 del nuevo Código de Minas, si se aceptara que podían aprobarse las mensuras de un modo condicional y con efectos temporales.

Refiriéndose á las mensuras dice este artículo:

"La operación practicada en conformidad á lo dispuesto por los artículos anteriores, será inmutable y constituirá definitivamente el título de propiedad de la mina, sin que pueda ser impugnada, sino por error pericial constante de la misma acta en que se consignó, ó por razón de fraude ó dolo."

Estas disposiciones legales revelan, en concepto del infrascrito, que hay una infracción evidente del artículo 58, ya citado, en el fallo de la Corte de Apelaciones que, por una parte, aprueba las mensuras objetadas confirmando los autos de primera instancia; y por otra parte, reserva al mismo tiempo al Fisco los derechos que éste ha invocado en orden al número de descubridoras. Dentro de los términos de esa disposición, no es conciliable la aprobación de las mensuras con la reserva de derechos á una de las partes, sobre el alcance de los pedimentos y sobre la extensión efectiva de las pertenencias mensuradas, porque, como lo hemos expresado, el artículo 58 no tiene otro objeto que el de convertir la aprobación judicial de las mensuras en un título definitivo, inmutable y perpetuo, que dé al minero la certidumbre de que no será más tarde perturbado en el goce legítimo de su propiedad, y de que podrá desenvolver sus esfuerzos amparados por la estabilidad de los fallos judiciales que han declarado sus derechos con precisión, sin reservas condicionales, ni limitaciones semejantes.

El reconocimiento que hace la sentencia recurrida del derecho de la sociedad "Progre-

so" á las pertenencias mensuradas es, en el fondo, un reconocimiento temporal y condicional que la ley no permite, ya que es otro, como queda dicho, el alcance jurídico de la aprobación judicial de las mensuras, á virtud de lo establecido claramente en el artículo 58 del Código de Minería.

Es, por tanto, de toda evidencia, que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada en este juicio, no cumple las condiciones que señala la ley, pues no pone fin inmediato á las cuestiones fundamentales que se relacionan con la determinación de los derechos de la "Progreso" á explotar una extensión mayor ó menor de yacimientos salitrales. Si la sentencia recurrida no finiquita definitivamente la cuestión promovida por el Fisco acerca del verdadero número de pertenencias entregadas á esa sociedad, no es legal, dentro de las reglas del Código de Minería, otorgarle un título de propiedad de carácter provisorio y de efectos temporales, que no ha solicitado, en estas condiciones, la "Progreso", y que tampoco le ha reconocido el Fisco. Resueltas que sean las incidencias que deja pendientes el fallo de la Corte de Apelaciones acerca de punto tan capital como el relativo á la determinación exacta de la extensión de los yacimientos que corresponden á la referida Sociedad, llegará la oportunidad legal de otorgarle el título definitivo que pueda corresponderle. Mientras tanto la sentencia recurrida, al aprobar las mensuras de la "Progreso" haciendo, al mismo tiempo, reserva de derechos á favor del Fisco, contraviene lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Minería, por lo que hay causa bastante, á juicio del infrascrito, para invalidarla.

GALVARINO GALLARDO

Santiago, 6 de abril de 1907.

VOTO ESPECIAL EMITIDO POR EL SEÑOR MINISTRO DON ENRIQUE FÓSTER RECABARREN

El infrascrito está enteramente conforme con la doctrina sustentada en los dos votos que preceden y con los antecedentes jurídicos que les sirven de fundamento, y por eso, disintiendo también de la opinión de la mayoría del Tribunal, fué de parecer que se acogiera el recurso de fondo, interpuesto en estos autos á nombre del Fisco contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago y que, invalidándose la indicada sentencia, se declarara en la que habría de reemplazarla, que no había lugar, por ahora, á la aprobación de la mensura de las pertenencias salitreras de que se trata en aquel fallo.

Predomina en esta causa un hecho culminante y de importancia decisiva para la resolución del asunto controvertido, á saber: que antes de que se aprobara definitivamente por la justicia ordinaria la mensura de las pertenencias salitreras que forman hoy la Compañía Progreso de Antofagasta, el Fisco dedujo en los mismos autos, así en primera como en segunda instancia, reclamaciones de fondo sobre el número de esas pertenencias y consiguientemente sobre su ubicación en el terreno y sobre la extensión de los depósitos salitreros que debían sustraerse del dominio fiscal para entregarlos á los peticionarios de la mensura.

Esto ha sido reconocido *de facto* no sólo por el juez de letras de Antofagasta, que mandó tener presente esas objeciones antes de resolver, sino también por la Corte de Apelaciones de Santiago que las desestimó únicamente porque, en su concepto, no habían sido ellas debidamente formuladas en primera instancia; pero que, al mismo tiempo dejó abierta al Fisco la puerta para que ejercitara su derecho en una instancia posterior.

Los votos del señor presidente Varas y del señor Ministro Gallardo contienen acerca de este punto todas las referencias necesarias, que demuestran la exactitud de ese aserto, como contienen asimismo la única conclusión lógica y legal que de tal hecho se desprende.

El infrascrito hace suyos todos esos conceptos y los da por reproducidos en este voto.

Para el que esto escribe, lo mismo que para los demás Ministros disidentes, es inconcuso que la autoridad judicial no puede ni debe aprobar una acta de mensura de pertenencias salitreras mientras existan por resolver cuestiones de fondo que de cualquier manera

afecten los derechos encontrados del que solicita la diligencia y del que se opone á ella.

El carácter de inmutable y de título definitivo de propiedad que corresponde á la mensura practicada en conformidad con la ley, según la enfática declaración del artículo 58 del Código de Minería, impone necesariamente á los tribunales que entienden en un asunto de esta naturaleza, la obligación ineludible de resolver, antes de aprobar dicha mensura, todas las reclamaciones ú objeciones sustanciales de cualquiera especie, que hubieren hecho valer los interesados y cuya solución pudiera más tarde afectar la integridad ó inteligencia definitiva de la operación misma.

Así lo disponen, á más del precepto legal ya citado, los artículos 49 y 56 del mismo Código, y así lo exige también la propia razón natural.

La idea de operación inmutable y de título definitivo se contrapone á la de cuestión pendiente que pueda hacer variar la fijeza de esos atributos, y la sentencia que desconozca esta verdadera antinómia jurídica y pretenda crear el título definitivo é inmutable, dejando al mismo tiempo pendiente la resolución de cuestiones que puedan comprometer su integridad, es una sentencia que se coloca fuera de la ley y que la viola.

No insistirá más el infrascrito en esta tésis, que ha sido suficientemente dilucidada en los votos que ha hecho suyos; pero agregará, sí, otras consideraciones para demostrar: 1º la improcedencia jurídica del argumento según el cual el Fisco no habría podido hacer valer durante la instancia de mensura las objeciones relativas al número, extensión y ubicación de las pertenencias salitreras manifestadas por la Sociedad Diego Almeida, hoy Progreso, por impedírselo la cosa juzgada, en razón de haberse ya litigado sobre estas materias en el juicio que las mismas partes siguieron sobre derecho á mensurar las indicadas pertenencias; y 2º que no es tampoco aceptable el motivo ó consideración en que se funda la sentencia recurrida para no tomar en cuenta las objeciones hechas por el Fisco á la aprobación de la mensura, ó sea que las dichas objeciones no se formularon en primera instancia.

Conviene tratar separadamente estos dos aspectos de la cuestión, por la influencia, bien sensible por cierto, que uno y otro han tenido en el fallo de los jueces de fondo.

Desde luego cabe recordar que para que se pueda oponer en derecho la excepción de cosa juzgada, se exige hoy lo mismo que en el procedimiento antiguo, la concurrencia simultánea de los tres siguientes requisitos, mencionados en el artículo 200 del Código en materia:

1º Identidad legal de personas;

2º Identidad de la cosa pedida; y

3º Identidad de la causa de pedir.

Y basta examinar el juicio iniciado años atrás por la "Diego Almeida" en contra del Fisco, á fin de que se declarara su derecho á mensurar las pertenencias salitreras por ella manifestadas, para comprender que entre ese juicio y el presente no concurre ninguna de las tres identidades jurídicas que se requieren para que pueda tener vida legal la excepción de cosa juzgada.

En efecto, en los juicios mencionados ni litigaron las mismas personas, ni se pidieron las mismas cosas, ni fué una misma la causa de pedir.

Verdad es que la "Progreso" antes Diego Almeida, ha intervenido en ambos juicios, como ha intervenido también en ellos el Fisco; pero se olvida que este último contendor no ha figurado en uno y otro pleito con el mismo carácter, y que, en consecuencia, no existe en realidad la identidad legal de personas.

El Fisco desempeña en la economía nacional papeles variadísimos con atribuciones, deberes y derechos peculiares en cada uno de ellos, que no es posible refundir en una misma y sola personalidad jurídica.

El Fisco representa unas veces al Estado como autoridad ó como entidad de administración y gobierno, representa otras veces á la vindicta pública ó al interes social; en otras asume el rol de empresario mercantil y es dueño de ferrocarriles ó de otras empresas de transporte, es heredero ab-intestato en todas las sucesiones en que falte el heredero legítimo; es dueño de todas las tierras, montes y

bosques, que no formen parte del patrimonio privado de otra persona; y posee, por último, en propiedad particular y exclusiva, la explotación de todas las guaneras existentes en terrenos de cualquier dominio y la de depósitos de nitratos y sales amoníacales análogas que se encuentren en terrenos del Estado ó de las Municipalidades.

Y esta diversidad de papeles é intereses que el Fisco desempeña y representa en la actividad nacional, corresponde necesariamente á igual diversidad de entidades jurídicas representadas que tienen vida propia é independiente, y que forman, por decirlo así, administraciones separadas, sujetas á la acción del mismo gestor.

En todas ellas el representante es uno mismo, ó sea la persona ó corporación de derecho público que se llama Fisco: pero el representado es distinto, según sea el negocio ó materia de que se trate.

Así, no podría confundirse al Fisco, representante de la autoridad pública, con el Fisco heredero ab-intestato, ó empresario de transportes ó dueño de depósitos salitreros vacantes.

Actor ó reo, en representación de cada una de esas entidades, su mandato no irradia fuera de ellas, ni compromete el interés ó el derecho de las demás entidades cuando una sola de ellas es la demandante ó la demandada.

Y esto que sucede con el Fisco, representante obligado de tan distintos y variados intereses, no es una novedad en nuestro derecho positivo, y el mismo fenómeno se produce aun en el radio mucho más modesto y reducido de la actividad privada.

Así sucede que un sólo individuo, un padre de familia, verbi-gracia, que en tal carácter es ya representante legal de su mujer y de sus hijos, puede ejercer al mismo tiempo como tutor ó curador, la guarda de uno ó más menores; puede ser gerente ó administrador de distintas sociedades con personería jurídica; puede ser mandatario contractual de otras personas naturales que le hayan encomendado la gestión de sus negocios y puede, por último, desempeñar cargos públicos que le otorguen derechos y le impongan responsabilidades funcionarias.

En cada una de esas situaciones su representación es independiente de las demás, y cuando es llamado á juicio en un carácter dado, no se entiende el litigio con ninguna de las otras entidades que también representa.

Pues bien ¿y quién litigó con la Diego Almeida en el pleito promovido por ésta sobre derecho á mensura de pertenencias salitreras? El Fisco en representación del Estado concedente y nadie más.

¿Y quién ha litigado con la "Progreso" en el juicio en que ha incidido el presente recurso sobre oposición á que se apruebe la mensura ya practicada de las pertenencias salitreras de que aquella Sociedad se pretende dueña? El Fisco, como minero conlindante ó sea como dueño de los depósitos salitreros que legalmente no pertenecen á otra persona y nadie más.

En efecto, en el primero de dichos juicios sólo se discutió y averiguó si las manifestaciones de los depósitos salitreros denominados "Progreso", "Porvenir" y "Nuevo Chile", que constituían la Sociedad Diego Almeida, debían ó nó considerarse vigentes y obligatorias para el Estado, ó sea para la autoridad que las concedió.

Sosteniendo lo primero, los socios de la Diego Almeida se limitaron á pedir que se reconociese el derecho que, á virtud de una manifestación registrada, habían adquirido por mensuras y constituir título definitivo de propiedad de las pertenencias objeto de tal manifestación; y rebatiéndolos, el Fisco pidió, á su vez, como representante del Estado, que se desechara la demanda; porque las concesiones de que trataban los pedimentos referidos no eran legalmente eficaces ó habían caducado en virtud de las distintas razones que al efecto adujo.

Se trató, en consecuencia, en ese juicio, del descubrimiento mismo, ó sea del valor que á la fecha de la demanda correspondía á los pedimentos salitreros de los demandantes, en presencia de las disposiciones del Código de Minería y del reglamento complementario bajo cuyo régimen se formularon.

Esta fué únicamente la materia del pleito y sobre esa litis única recayó la sentencia de los jueces que en él entendieron. El fallo no

habría podido entonces pasar más allá, ni comprender á otras personas que á las que en dicho juicio litigaron, so pena de nulidad de lo obrado.

Ahí fué vencido el Fisco, representando al Estado en su carácter de concedente legal y único de toda mina, y su papel, como sucede siempre en los juicios de esa especie, se redujo á tratar de impedir que los demandantes se atribuyeran los derechos de manifestantes registrados con títulos aptos para solicitar mensura, cuando en su concepto no se habían cumplido para ello los requisitos legales del caso, ó bien habían caducado por el transcurso del tiempo los derechos que de la manifestación legalmente registrada hubieran podido derivarse.

Bien está. Pero el Fisco, á más de representar al Estado concedente, era y es minero colindante de la Sociedad Diego Almeida, hoy Progreso, como lo es en general de todo concesionario salitrero; ya que por disposición expresa de la ley, es dueño en dominio particular y privado de todos los depósitos de esta sustancia no concedidos á otra persona.

Y en este último carácter es evidente que el Fisco no fué citado ni oído en aquel juicio, relativo solo al descubrimiento; porque en verdad no tenía para qué serlo. En consecuencia, tampoco fué vencido.

El interés, y por consiguiente, el derecho de los colindantes respecto de un pedimento ó de una propiedad minera diversa de la suya, principia en la instancia posterior de la mensura, cuando se trata de aplicar en el terreno los títulos ó manifestaciones registradas, y cuando de la forma en que pudiera llevarse á efecto esa diligencia pericial, hubiera de resultarles un perjuicio de cualquiera especie.

Antes de que esto se verifique, el minero colindante no tiene interés legal en los pleitos que el otro minero haya podido sostener para validar ó para hacer reconocer del Estado la oficina y corrección de sus títulos. Tales actuaciones son extrañas á su derecho y no lo perjudican.

De ahí es que para conceder una merced minera legalmente manifestada, no se requiere la citación de nadie y el acto se consuma con la sola intervención del Estado concedente, representado en esos menesteres por el juez que otorga la concesión, y la del minero ó descubridor peticionario.

No sucede lo mismo con la instancia de demarcación y mensura. Aquí, por el contrario, es requisito previo indispensable la citación de los colindantes, "personalmente, si fueren conocidos ó viven en el mineral ó departamento", dice el artículo 47 del Código de Minería.

Y el precepto legal citado es perfectamente lógico; porque la mensura y demarcación definitiva en el terreno, de las concesiones hechas al descubridor ó al estacado, puede indudablemente, según sea la forma en que se la practique, perjudicar al minero colindante, invadiendo de hecho sus pertenencias y arrebatándole lo que es suyo.

Natural era entonces que operación de tanta importancia y trascendencia, de carácter todavía inmutable y definitivo según los términos de la ley, se hiciera con citación expresa de los colindantes interesados; como también es natural que la justicia ordinaria no la apruebe mientras no se hayan resuelto todas las controversias y reclamaciones derivadas ó relacionadas con la mensura.

La bondad de los títulos del descubridor ó del estacado no ampara ni puede amparar los defectos posibles de la mensura; y por eso mismo lo que se resolvió en un pleito relativo solo al descubrimiento ó á su eficacia legal, no puede tampoco afectar los derechos de los colindantes que no fueron citados á ese juicio ni litigaron en él.

No podría, pues, invocarse la cosa juzgada en su contra.

Y esto que ocurre con los particulares, ocurre también necesariamente con el Fisco en los negocios en que éste tiene el carácter de minero colindante, entidad, como se ha dicho, distinta é independiente del Estado, considerado como autoridad pública.

Ello, por lo demás, es de rigurosa justicia, porque el Fisco como minero colindante y como propietario privado de todas las salitreras que no pertenezcan á terceros, tiene y conserva todos los derechos que la ley otorga á cualquier particular para impedir que en la

mensura de una pertenencia cualquiera se menoscabe, cercene ó perjudique su propiedad.

En la instancia de mensura de pertenencias salitreras es inconcuso que así como los manifestantes registrados con títulos declarados válidos tienen derecho para que se les dé la mensura de sus pertenencias, el Fisco á su vez, como propietario colindante, tiene también pleno derecho para solicitar que, mediante resoluciones judiciales adecuadas, se impida que un concesionario gracioso invada su propiedad particular, ya sea pretendiendo que se le dé mayor estensión de terrenos de la que por ley le corresponda, ó ya tratando de que se le ubique en lugares distintos ó de mayor riqueza y potencia que los indicados en sus títulos.

Desconocer sus derechos al Fisco—minero colindante—importaría tanto como desconocer sus derechos de propiedad á cualquier particular; derechos que la Constitución asegura y garantiza en igual forma para todos los habitantes del país y para todas las personas y corporaciones, sean éstas naturales ó jurídicas.

La sentencia que reconoció los derechos de manifestante registrado á la sociedad Diego Almeida no puede, pues, entrabar ni menoscabar en manera alguna los que corresponden al Fisco colindante en la instancia y operación posterior de la mensura, y, por lo mismo, dicho fallo no produce cosa juzgada en nada de lo que con esta última operación se relaciona.

Faltaría, como queda demostrado, la identidad de personas.

—

Todo lo dicho en el párrafo anterior contribuye también á demostrar en forma clara y concluyente que tampoco existe entre ambos juicios la identidad de la cosa pedida y la identidad de la causa de pedir.

Uno y otro juicio han tenido distinto objeto y se ha ejercido en ellos acciones también distintas.

Es cosa muy diversa y que no puede confundirse, el litigar sobre la eficacia legal de una manifestación minera y sobre el derecho que de ella nace para solicitar mensuras, con la mensura misma. El primer juicio tiene por objeto consagrar en una forma abstracta, por decirlo así, y como medio únicamente de llegar más tarde á la mensura, los derechos adquiridos por el minero sobre los salitres del Estado; pero sin relación directa y efectiva sobre un lugar y espacio del territorio salitrero irrevocablemente determinado. Esta determinación y demarcación definitiva del terreno se verifica solo en el segundo juicio.

El pedimento registrado le da al minero un derecho particular sobre la masa del salitre perteneciente al Estado y ubicada en el lugar que en el pedimento se designa.

Por la mensura se separa y divide de esa masa la porción determinada y concreta que al manifestante registrado corresponde, según la ley.

Estos juicios tienen, como se ve, mucho de analojía con los de comunidad.

Así, cuando una persona litiga y vence en el juicio para que se le reconozca su título de comunero, adquiere un derecho indiscutible sobre el block de bienes que forma la comunidad, derecho que lo habilita para solicitar más tarde la división de los bienes comunes y para que se le entregue y deslinde la porción que en definitiva le corresponda.

Pero ambas acciones, la de derecho á una comunidad y la divisoria de sus bienes, son distintas y tan independientes la una de la otra, que de conformidad con nuestro derecho positivo, deben ellas plantearse y seguirse ante distintos tribunales.

Una persona puede litigar para que se reconozca la validez de un testamento que lo declara heredero, y puede ir mas tarde á la partición de los bienes hereditarios, si obtiene en el juicio; pero el fallo que en él se dicte no entraba el derecho de los demás herederos ó interesados, vencidos en tal pleito, para reclamar, á su vez, no ya sobre la validez del testamento mismo, pero sí sobre la validez y eficacia de sus disposiciones, en cuanto por ellas se les hayan desconocido ó menoscabado los derechos que las leyes les otorgan.

Pueden también los mismos herederos formular en la partición cuantas reclamaciones sean procedentes para asegurar su derecho propio y para que en la hijuelación ó demarcación pericial de los bienes comunes, no se les perjudique.

El heredero vencedor en el pleito sobre validez del testamento, lo mismo que en el caso de autos el minero manifestante, no habría podido nunca invocar la cosa juzgada, en razón de haber obtenido en el primer juicio, para impedir que los demás interesados hicieran valer sus derechos en la instancia posterior de la partición y mensura.

Terminado este párrafo, al cual es innecesario dar mayor desarrollo, resta únicamente al infrascrito ocuparse del otro motivo fundamental que los jueces del fondo tuvieron presente para desconocer el efecto legal de las reclamaciones formuladas por el Fisco en contra de la mensura, y para aprobar en definitiva como consecuencia de tal antecedente la operación practicada.

Ese fundamento consiste en que, á juicio de los jueces del fondo, las reclamaciones aludidas no se formularon en primera instancia.

Hay en esto un error de apreciación, según se ha demostrado claramente en los dos votos que proceden del señor presidente Varas y del señor Ministro Gallardo; pero aunque así no fuera, por lo menos no hay duda alguna de que esas mismas reclamaciones se repitieron ó formularon en segunda instancia.

Pues bien, esto bastaba, á juicio del suscrito, para satisfacer por entero las exigencias de la ley, y para que los jueces del fondo, tomando en cuenta la naturaleza de esas reclamaciones, hubieran declarado que no había lugar, por ahora, á la aprobación de la mensura.

En efecto, ¿cuándo es el momento oportuno de interponer estas reclamaciones? ¿Lo ha señalado la ley?

¿Acaso se ha concedido con tal objeto un plazo fatal ó perentorio, como para la interposición de los recursos de alzada ó casación? ¿O se pretende aplicar á la mensura las reglas del cuasi-contrato de litis-contestación, según la cuales una vez trabado el pleito no puede introducirse en él ninguna modificación sustancial?

Nó, señor. Por más que se busque en el Código de Minería ó en el de Procedimiento Civil, no se encontrará precepto alguno que tal cosa disponga.

Y esto por una razón muy sencilla. Porque la mensura en sí misma no importa ni constituye un juicio entre partes, y no es sino una simple operación pericial, que carece de instancias jurídicas y no está sujeta á términos ó plazos legales.

Lo que puede, sí, dar lugar á juicio, son las reclamaciones que los interesados formulen en contra de la mensura con motivo de cualquiera de los pormenores de ubicación, extensión, dirección, número ó dominio de las pertenencias mensuradas, ó de otros accidentes de igual ó parecida naturaleza, que pudieren influir ó hayan influido de hecho sobre la corrección ó legalidad de la mensura.

El Código de Minería no registra á este respecto otras disposiciones que las contenidas en los artículos 47, 49, 56, 57, 58, 59 y 60 ninguna de las cuales señala términos fatales ó indica la instancia en que deban formularse, so pena de improcedencia, reclamaciones de la índole de las que ha hecho valer el Fisco en este pleito.

Lo que prima y resalta en esos preceptos sobre toda otra consideración, es el carácter de inmutable que corresponde á la mensura judicialmente aprobada y el deber que por eso mismo, pesa sobre los jueces ordinarios de no aprobarla mientras exista en pie cualquiera reclamación judicial que pueda influir sobre sus resultados y destruir, en consecuencia, su inmutabilidad legal.

Mientras tal exigencia no se haya cumplido debidamente, no puede decirse que la operación esté completa ni tampoco que sea legal, único caso en que le es lícito al juez aprobarla y mandarla inscribir en el registro; pues de otro modo, cuando esa legalidad é integridad está todavía *sub lite*, pesa sobre él la obligación ineludible de pronunciarse previamente y con arreglo á derecho, sobre las reclamaciones pendientes, ya sea para desestimarlas en definitiva, ó ya para mandar subsanar las faltas ó ilegalidades de la mensura.

Este deber, que pesa por igual sobre todos los jueces á quienes se someta la aprobación de la mensura, sean ellos de primera ó segunda instancia, fué precisamente el que echó en olvido la sala sentenciadora de la Corte de Apelaciones de Santiago al aprobar la mensura de las pertenencias salitreras de la "Progreso",

no obstante los reclamaciones de fondo formuladas ante ella por el Fisco y al estimar que era posible, dentro de la ley, reemplazar el cumplimiento de aquellos requisitos por una simple reserva de derechos.

La sala sentenciadora ha creído que debía excusar un pronunciamiento sobre esas reclamaciones porque ellas, a su juicio, no fueron propuestas en primera instancia.

Perfectamente; pero semejante motivo, lejos de autorizar la aprobación de la mensura atacada por el Fisco, constituia un obstáculo insalvable para que pudiera darse lugar á ella, confirmando las resoluciones de primera instancia que tal cosa disponían.

Lo que el tribunal de alzada debió hacer ante la imposibilidad legal de pronunciarse en única instancia sobre esas reclamaciones, fué ordenar que se devolvieran los autos al Juez de Letras de Antofagasta para que se tramitaran y fallaran con arreglo á derecho ante juez competente, y declarar al mismo tiempo que no había lugar, por ahora, á la aprobación de la mensura objetada.

No lo hizo así, sin embargo, y por eso mismo su fallo quebranta la ley, y ha debido ser casado.

Se ha argüido, también, tanto en este punto como en otros parecidos, que por la naturaleza de las cosas y por haberse transferido los derechos de los primitivos manifestantes á otras personas que nada han tenido que ver con la constitución de los títulos, debieran tallarse estos negocios de propiedad salitrera, equitativamente y con criterio administrativo.

No lo estima así el insfrascrito. Mientras el legislador no haya arbitrado los medios necesarios para poner fin á la presente situación, á los jueces de derecho no les cabe otra cosa que aplicar la ley tal como ella existe, sin atenuarla ni modificarla. Y mucho más á la Corte de Casación, establecida precisamente para hacer guardar la integridad de la ley, restableciendo su imperio en los fallos en que hubiere sido violada.—*E. Fóster Recabarren.*

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Apelación.—Improcedencia.—28 de noviembre de 1905.—Cas. en la forma.—5 de octubre de 1906.

Sucesión Florián Velasco con Letelier

Casación en la forma.—Improcedencia.—Tribunal sentenciador; sus facultades.—Documentos; su agregación.—Testigos; declaración.—Prueba testimonial.—Instrumento público.—Prueba instrumental. Causal de casación.

DOCTRINA:—*El tribunal sentenciador, al resolver acerca de la procedencia de un recurso de casación, no puede pronunciarse sobre el mérito legal de las causales en que dicho recurso se funda, pues este pronunciamiento solo corresponde al tribunal que debe conocer del recurso.*

Es trámite esencial en la primera y segunda instancia de los juicios de mayor cuantía, cuya omisión da lugar á casación, la agregación de los documentos presentados por la parte en tiempo hábil y la citación de la parte contra quien se ha presentado.

Por consiguiente, es nula por infracción de ese trámite, la sentencia que rechaza la admisión de la copia de la declaración de un testigo prestada ante otro juez. Este documento es prueba instrumental y debe ser reputado como público; la calificación de su valor jurídico corresponde á los jueces de la causa al valorar en definitiva la fuerza de las pruebas aducidas.

Aceptada una causal de casación es inoficioso pronunciarse acerca de las demás.

Doña Mercedes Antonia Barros de Velasco, por sí, y á nombre de sus hijos menores, de quienes es guardadora general, y don Samuel Velasco, presentaron ante el juzgado de Talca una solicitud en la que después de manifestar que son sucesores de don Florián Velasco en el dominio de una de las hijuelas del fundo denominado "Santa Rita", que le cupo á aquél en la división de la comunidad con sus hermanas Carmen, Juana y Agustina Ve-

lasco, hijuela que se riega con las aguas del canal llamado también "Santa Rita", pedían se citara á todos los comuneros de dicho canal en la forma dispuesta por el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, á una reunión para deliberar acerca de los objetos indicados en el artículo 827 del mismo Código.

Decretada la citación, se opuso al comparendo don Ricardo Letelier, por no habérselo hecho con la anticipación de quince días que prescribe el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, y porque las personas que presentaban la solicitud no eran accionistas de los canales de "Santa Rita" que son de propiedad exclusiva del compareciente; por lo que debía suspenderse el comparendo y ordenarse á los solicitantes que previamente establezcan su derecho de condominio en los canales de "Santa Rita", ejercitando las acciones que les convengan en la forma que fuese procedente.

El juez suspendió el comparendo por no haberse hecho la citación con la oportunidad debida y lo decretó nuevamente para el 28 de julio de 1905, decreto del cual apeló don Ricardo Letelier, concediéndosele la apelación sólo en lo devolutivo.

En el comparendo de que da testimonio el acta, se insistió por el representante de la señora Barros y por don Samuel Velasco en la petición formulada en el escrito, agregándose que el canal á que se refiere dicha solicitud es el denominado del Bajo ó Santa Rita y no en el Alto, conocido con el nombre de la Capellanía.

El representante del señor Letelier se opuso á que se llevara á efecto el comparendo y á que se tomase acuerdo alguno relativo á la distribución de aguas solicitada por la otra parte, alegando que una medida de esa naturaleza no debía adoptarse, mientras no se determinasen en juicio de lato conocimiento los derechos de la hijuela que perteneció á don Florián Velasco, ya que los títulos que presentaban los solicitantes eran absolutamente deficientes para establecer la comunidad que se atribuyen sobre un canal que es de propiedad exclusiva de su poderdante.

En el mismo comparendo de que se trata, el juez resolvió:

Teniendo presente: que de los antecedentes acompañados, aparece que la sucesión de don Florián Velasco tiene derecho á las aguas comunes del canal "Santa Rita" se declara, conforme á lo dispuesto en el artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, que no ha lugar á la oposición formulada por don Ricardo Letelier en este comparendo, sin perjuicio de las acciones que éste pueda ejercitar en forma legal.

El apoderado de don Ricardo Letelier apeló de la resolución anterior y el juzgado le concedió el recurso en lo devolutivo.

Contra la resolución expresada dedujo además don Ricardo Letelier recurso de casación en la forma.

La Corte de Talca por auto de fecha 8 de agosto de 1905, mandó traer los autos en relación sobre los recursos de apelación y casación y viendo este último en 28 de septiembre de 1905, lo desestimó.

En cuanto á las apelaciones interpuestas por don Ricardo Letelier, confirmó sin modificación alguna las resoluciones de 11 y 28 de julio de 1905,

Con fecha 30 de agosto del año indicado, don Ricardo Letelier había presentado ante la misma Corte de Talca para que se agregase á los autos la copia autorizada de la declaración del testigo don Agustín Girón prestada en otro juicio distinto del actual, documento que le fué devuelto por decreto de ese mismo tribunal atendido el estado de la causa. Reclamada esta providencia por Letelier no se dió lugar á su solicitud.

Contra el fallo del tribunal de alzada que confirmó las resoluciones dedujo don Ricardo Letelier los recursos de casación en la forma y en el fondo. Declarado improcedente el recurso de casación en la forma por la Corte de Talca, la parte del señor Letelier apeló. Conociendo de esta apelación.

La Corte resolvió:

Santiago, 28 de noviembre de 1905.—Vistos y considerando:

1º Que por decreto de 8 de agosto último el tribunal *a quo*, mandó traer los autos en

relación sobre el recurso de apelación conjuntamente con el de casación, sin que la parte de don Ricardo Letelier hubiese reclamado de la falta del trámite de expresión de agravios en caso de haber sido este procedente, como lo ordena el inciso 1º del artículo 946 del Código de Procedimiento Civil;

2º Que en las demás causales declaradas inadmisibles en la resolución apelada por la omisión de esa reclamación se habrían cometido los vicios en que aquellas se fundan en la sentencia misma;

3º Que el Tribunal *a quo*, al desestimar las causales que en su concepto se refieren á la sentencia de primera instancia, se ha pronunciado sobre el mérito legal de dichas causales, pronunciamiento que sólo corresponde al tribunal que debe conocer del recurso.

Visto además lo dispuesto en los artículos 946 y 950 del Código de Procedimiento Civil citado; se declaran admisibles las causales en que se funda el recurso, excepto la citada en el considerando 1º de esta resolución.

Se confirma la resolución apelada del 11 de octubre de 1905 en lo que no sea contraria á ésta y se revoca en lo demás.

Redactada por el señor Ministro Varas.—*Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—Leoncio Rodríguez.—Carlos Varas.*

Aceptada en esta forma la procedencia del recurso, el recurrente al formalizarlo dice: La sentencia ha incurrido en las causales de casación establecidas en los artículos 941, número 9º y 970, número 2º, 3º, 5º y 7º del Código de Procedimiento Civil, por los motivos siguientes que constan de autos:

1º No se ha ordenado entregar los autos para expresar agravios, á virtud de haber estimado el Tribunal que se trataba de una resolución interlocutoria, siendo definitiva;

2º Habiendo presentado el recurrente para que se agregara á los autos la declaración prestada en Santiago por don Juan Agustín Girón, se ordenó la devolución del escrito y de la declaración, decreto que mantuvo el Tribunal á pesar de haberse pedido su revocación;

3º El Tribunal ha declarado improcedente el reclamo que se hizo por no haberse recibido la causa á prueba en primera instancia, estableciendo que la naturaleza especial de la causa hacía inadmisible toda prueba ó defensa que intentara el recurrente producir, declaraciones que importan colocarlo fuera de la ley, privándole del amparo de las garantías judiciales;

4º Se ha incurrido, además, en el vicio de casación previsto en el número 5º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, porque habiéndose limitado á confirmar la sentencia de primera instancia, se ha caído en los mismos vicios de que ésta adolecía y que fueron debidamente reclamados.

La resolución de fecha 11 de octubre de 1905, confirmada en esa parte por la de la Corte Suprema de fecha 28 de noviembre del mismo año, declaró inadmisible la causal de casación que se fundaba en haberse omitido el trámite de expresión de agravios.

Se trajeron los autos en relación sobre el recerso de casación en la forma, y habiéndose producido discordia de votos se llamó á otro Ministro á dirimir la discordia. Producido el acuerdo,

La Corte falló:

Considerando:

1º Que don Ricardo Letelier pidió en tiempo hábil, ante el juez de letras de Talca, que se agregara á los autos la declaración prestada en Santiago por don Juan Agustín Girón;

2º Que desestimada en primera instancia la admisión de ese documento, y apelado el fallo que así lo decidió, fué confirmado por la Corte de Apelaciones de esa ciudad;

3º Que el instrumento, que tal declaración contiene debe ser legalmente reputado como público, según lo que acerca de este concepto disponen los artículos 1699 del Codigo Civil y 331 del Código de Procedimiento del mismo ramo;

4º Que entre los motivos que dan lugar al recurso de casación en la forma, figura en el número 9º del artículo 941, el haberse faltado á algún trámite ó diligencia declarado esencial por la ley, y los artículos 966 y 970, estatuyen respectivamente, en sus números 4º y 3º que es tramite esencial en la primera y en la segunda instancia de los juicios de mayor cuantía, la agregación de los documentos pre-

sentados por la parte en tiempo hábil y la citación de la parte contra la que se han presentado;

5º Que cualquiera que sea la naturaleza del instrumento de que se trata, sea que su contenido importe ó nó una declaración testimonial, la apreciación de este punto, es decir, la calificación del valor jurídico de dicho instrumento, corresponde á los jueces de la causa al pesar y valorar en definitiva la fuerza y eficacia de las pruebas aducidas en el pleito;

6º Que juzgada procedente la casación en virtud de uno de los capítulos invocados en su apoyo, es ocioso pronunciarse acerca del mérito legal de los otros fundamentos del mismo recurso.

Con arreglo á estas consideraciones, á los preceptos legales que en ella se citan y á lo dispuesto en los artículos 249 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la sentencia de 28 de septiembre de 1905.

Repónese, en consecuencia, el proceso al estado de pronunciarse el Tribunal, como fuere de derecho acerca de la agregación de documento pedida por don Ricardo Letelier, y devuélvanse los antecedentes á la Corte de Apelaciones de Talca á fin de que se falle la causa por el Tribunal que corresponda.

Entréguese á la parte que ha interpuesto el recurso la cantidad consignada.

Esta sentencia fué acordada por el voto del señor Presidente Rodríguez y Ministros Urrutia y Gallardo, el primero de los cuales fué llamado para dirimir la discordia que se produjo en la primera vista de la causa, contra el voto de los señores Ministros Aguirre Vargas y Bernales quienes opinan que no debe darse lugar al recurso de casación por cuanto á su juicio no puede considerarse como prueba instrumental conforme á los artículos 330 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, la copia de la declaración de un testigo cuyo testimonio se ha prestado ante el juez en la forma correspondiente, prueba testifical que no cambia de naturaleza sólo por atenderse á su forma escrita.

Redacta la por el señor Presidente Rodríguez.—*Lorenzo Rodríguez.—Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—23 de noviembre de 1906.

Aroca con sucesión Máximo Flores

Apelación.—Deserción.—Reposición—Tribunal de Alzada; facultad privativa—Tutor.—Curador.—Discernimiento.—Remoción.—Pupilo.—Menor adulto.—Tutela y curatela legítima.—Juicio ejecutivo.—Remate.—Nulidad.—Reivindicación.

DOCTRINA:—*La sentencia pronunciada por el Tribunal de Alzada, después de revocada por contrario imperio la resolución por la cual había declarado desierta la apelación, no puede estimarse dada en apelación legalmente declarada desierta y no adolece por consiguiente de este vicio de casación.*

Es facultad privativa del Tribunal de Alzada el reponer la resolución por la cual ha declarado desierta la apelación, en uso de la atribución que le confiere el inciso 2º del artículo 224 del Código de Procedimiento Civil.

———

Don Horacio Aroca entabla demanda contra la sucesión de don Máximo Flores, y de que, según aparece de las copias que acompaña, el Juez don Carlos E. Olivos en noviembre de 1892, le discernió el cargo de tutora y curadora del pareciente á su abuela doña Dolores Prunier, teniendo á la fecha el exponente no más que doce años y meses de edad.

De estos dos cargos, el de tutora fué legítimo pero no así el de curadora, porque según la ley á los impúberes sólo se les puede nombrar tutor.

Por otra parte, aún en el supuesto de que aquel año hubiera podido nombrársele curador, como tal curador no pudo serle nombrada su abuela porque si bien el Código Civil reconoce las curadurías legítimas, el artículo 437 del mismo Código da derecho al menor para designar la persona que haya de servirle

de curador, designación que no tuvo lugar á favor de su abuela.

En consecuencia el nombramiento de curador de la señora Prunier fué absolutamente nulo.

Sin embargo, como ella pretendiera ejercer dicho cargo, el exponente en cuanto llegó á la pubertad, la demandó para que se declarara nulo el nombramiento de curador y, en subsidio, para que se le removiera.

El 12 de junio de 1896 presentó la señora Prunier la renuncia de su cargo.

Pero sucedió que mientras se tramitaba el juicio la dicha señora, coludida con don Máximo Flores, siguió un juicio ejecutivo con éste en que aquella pretendía representar al exponente.

Se le cobraba por dicho juicio al exponente la cantidad de $ 900, como heredero de su madre doña Eduvijis Gálvez.

En ese juicio se adjudicó á don Máximo Flores una propiedad raiz ubicada en la Placilla del departamento de San Fernando.

En esta virtud pide se declare en definitiva que es nula la ejecución en referencia; en subsidio, nulo el remate de la propiedad raiz; que debe serle restituida la dicha propiedad raiz con los frutos á contar desde la fecha en que el rematante tomó posesión de ella; y que la sucesión demandada debe ser condenada en las costas.

Doña Julia Echáurren, viuda de Flores, por sí y como curadora de sus hijos doña Blanca y doña Julia Flores; don Javier Salas Q., como marido de doña Leonor Flores, y don Máximo y don Joaquín Flores Echaurren por sí, en representación de la sucesión de don Máximo Flores, contestando á la demanda piden que se la deseche con costas.

La demanda se funda en un error de derecho.

Según aparece de los documentos acompañados por el actor, doña Dolores Prunier pidió se le discerniera el cargo de tutora y curadora legítima de su nieto don Horacio Aroca y el Juzgado le concedió efectivamente dicho cargo de tutora y curadora.

Es cierto que los impúberes están sujetos á tutela y los menores adultos á curatela; pero ello no quiere decir que no se pueda nombrar tutor ó curador á la vez á un impúber.

Olvida el demandante que el nombramiento de curador puede hacerse anticipadamente; así se ha hecho por todos los jueces desde que hay Código Civil, es decir, se ha dado constantemente á un impúber un tutor y curador al propio tiempo, ó sea, un guardador.

En todo caso no cabe duda alguna de que según los términos del discernimiento, atentos su espíritu y la práctica uniforme de los tribunales, la abuela del demandante era su representante legal al tiempo en que se hizo la subasta de la propiedad cuya restitución se demanda.

En la réplica el procurador del demandante afirma que desconoce en absoluto la existencia de la práctica de los tribunales que alega la parte demandada, y aun cuando existiera, dice, no tendría valor alguno, pues sólo al legislador le corresponde interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio.

Por lo demás, la parte demandada silencia el juicio de remoción.

Pendiente ese juicio, no podía ya la señora Prunier seguir representando á don Horacio Aroca, aún en el supuesto de que fuera curador legal.

En la dúplica insiste el procurador de la parte demandada en que puede darse anticipadamente la curatela legítima á un impúber. No hay disposición alguna de la ley dice que lo prohiba. Por el contrario hay disposiciones expresas que lo autorizan.

La prohibición existe sólo respecto del tutor del pupilo demente. Relativamente el argumento de que habría cesado la representación legal del pupilo Aroca por haber éste demandado la remoción del cargo de curador que ejercía la señora Prunier, es completamente inaceptable, porque el juicio de remoción no pone fin á la curatela sino desde que se nombra curador interino.

Se citó para sentencia y uno de los jueces de letras de Santiago, con fecha 10 de abril de 1906, resolvió:

Considerando:

1º Que la curaduría legítima la confiere la ley y no el magistrado;

2º Que para que la ley confiera la curaduría es necesario que el menor sea adulto;

3º Que de la partida de bautismo aparece que el actor don Horacio Aroca, al serle discernida la curatela legítima de su abuela doña Dolores Prunier, era un impúber;

4º Que, siendo aún impúber, la ley no había conferido la curaduría de dicho menor;

5º Que si la ley no había conferido la curaduría del menor, el magistrado no pudo discernir dicha curaduría;

6º Que de consiguiente, ese discernimiento fué nulo por no existir curaduría conferida á la sazón;

7º Que si fué nulo el discernimiento á la fecha en que fué otorgado, no ha podido hacerlo válido al mero trascurso del tiempo;

8º Que, según esto, á la fecha en que se verificó la compraventa en remate del fundo de que se habla en la demanda, el 31 de julio de 1895, siendo entonces menor adulto el actor, doña Dolores Prunier no era representante legal legítima suya;

9º Que, por lo tanto, la dicha compraventa en remate adolece de nulidad;

10. Que no se ha probado que la sucesión demandada hubiese poseído de mala fe, siendo así que la buena fe se presume;

11. Que el poseedor de buena fe no es obligado á la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; y

12. Que la parte demandada ha tenido motivo plausible para litigar.

Con arreglo á lo dispuesto por el Código citado, artículos 26, inciso 1º, 342, 353, inciso 3º, 373, inciso 2º, 707, 709, inciso 3º, 1681, 1682, inciso 3º, y 151 y 767, se declara que ha lugar á la demanda en cuanto por ella se pide la nulidad del remate de la propiedad raiz á que se ha hecho referencia, la cual será restituida al demandante, con sus frutos á contar desde el 22 de diciembre último, fecha de la contestación de la demanda.

No ha lugar á las demás peticiones de las partes.

El valor de los frutos será determinado por el juez previo el informe de un perito que será nombrado en la forma ordinaria.

Se exime á la parte demandada del pago de las costas.—*Moisés Lazo de la Vega.*

Apelada esta sentencia, la Corte resolvió:

Santiago, 31 de agosto de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada y teniendo presente:

1º Que por la demanda se pide: 1º la nulidad de la ejecución seguida por don Máximo Flores contra el demandante don Horacio Aroca, como único heredero de su madre, doña Eduvigis Gálvez, en cuyo juicio fué representado por su abuela, doña Dolores Prunier en el carácter de tutora y curadora, por ser nulo el nombramiento de curadora, en razón de haberse discernido este cargo cuando el demandante era aún impúber; 2º Que es nulo el remate de la propiedad embargada; 3º Que debe restituírsele la finca subastada con sus frutos desde que el subastador tomó posesión de ella; y 4º Las costas de la causa;

2º Que consta de las compulsas que doña Dolores Prunier, abuela legítima del demandante, fué nombrada tutora y curadora de éste, por juez competente, previa audiencia del Defensor de Menores, "confiriéndole al efecto cuantas facultades sean necesarias y permitidas por derecho para el mejor desempeño del cargo";

3º Que el nombramiento de tutor y curador, hecho á la abuela cuando el pupilo era aún impúber, no pugna con disposición alguna expresa de la ley, que ha querido que el menor tenga siempre un representante legal que vigile su persona y bienes, y era necesaria una prohibición terminante para constituir la nulidad del acto, conforme lo dispone el artículo 10 del Código Civil como sucede respecto del tutor del pupilo demente, artículo 458 del mismo Código;

4º Que el cargo de tutor y curador no puede tener más alcance legal que el relativo á su ejercicio de tutora, durante la impubertad del pupilo y bajo las reglas especiales relativas á la tutela; y de curadora, conforme á las del curador, unas y otras contempladas en los títulos 22 y 23 y disposiciones comunes del título 21, del libro 1º del Código Civil;

5º Que dicho cargo guarda conformidad en su forma y en su alcance legal, con las prescripciones de los artículos 341 y 343 del citado Código; pues como queda dicho, debía ejercerse como tutora y como curadora, según fuere la edad del pupilo y con sujeción á los preceptos especiales relativos al pupilo

impúber y al adulto, según los casos, y no caprichosamente á voluntad de la nombrada;

6º Que tampoco pugna con lo dispuesto por el artículo 437 del mismo Código el nombramiento anticipado de curadora hecho á la señora Prunier, porque tal precepto sólo se aplica al menor adulto que carece de curador á quien la ley ordena pedirlo al juez, designando la persona; manifestándose con esto, que no puede hacerlo quien ya tiene curador, puesto que no es posible darle tutor ni curador "al que ya lo tiene" conforme lo dispone el artículo 350 del recordado Código;

7º Que en el presente caso se trata de una tutela y curatela legítima, cuyo cargo corresponde á la ascendiente legítima, como lo era la señora Prunier, y en esta clase de tutelas y curatelas no se oye al menor, pues de otro modo no tendría lugar, por cuanto podría oponerse el menor proponiendo á otra persona para dicho cargo;

8º Que, dado caso de no haber sido verdaderamente curadora del menor la nombrada, ésta habría creído serlo en virtud de su discernimiento y ejercicio del cargo á la fecha de la iniciación del juicio ejecutivo y de su trámite hasta llegar al estado de remate; y obligó al pupilo, por la ventaja que á éste reportó el pago de las deudás que le afectaban, como aparece de autos y lo dispone el artículo 426 del Código Civil;

9º Que el juicio de remoción no pone fin á la curatela por el simple hecho de iniciarse, sino desde que se nombra el interino de que habla el artículo 543 del mismo Código, pero como en el presente caso la curadora era ascendiente legítima del menor, la curatela no expiró, conforme á la excepción contemplada en la misma disposición citada, continuando hasta la renuncia que hizo de dicho cargo la señora Prunier; y

10. Que, según consta de autos, la propiedad del menor fué subastada en 31 de julio de 1895; el curador ad litem fué nombrado en 22 de agosto del mismo año, con motivo del juicio de remoción; el cargo fué renunciado el 12 de junio de 1896; y, en consecuencia, el juicio ejecutivo se siguió y terminó con la representante legal del menor, y no es por tanto nula la ejecución ni el remate, puesto que no constan ni se hacen valer otros vicios que anularan el procedimiento; y no es tampoco atendible la petición de restituir lo subastado con sus frutos, ni las costas del presente juicio.

Por estas consideraciones y con lo que también disponen los artículos 151, 167 y 331 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de 10 de Abril último, y se declara: que no ha lugar á la demanda, sin costas.

Redactada por el señor Ministro Marín.— *J. Bernales.— Darío Benavente.— José T. Marín.*

Contra esta sentencia la parte demandante ha interpuesto recurso de casación en la forma y en el fondo y formalizando el primero representa que la Corte, después de llenados los trámites legales, declaró, con fecha 7 de mayo, desierta la apelación en rebeldía de la sucesión apelante, que no había comparecido, que el 9 del mismo mayo se pidió, á nombre de la sucesión, por un procurador constituido que se dejara sin efecto la deserción, á mérito de haberse anunciado mal la causa en la tabla del día en que aquella fué declarada; y que tramitada la solicitud la Corte revocó por contrario imperio la deserción y mandó expresar agravios. Agrega el recurrente que no sólo protestó de tal resolución, sino que apeló de ella, denegándosele el recurso, y que, al responder á los agravios insistió en que, por haberse legalmente declarado la deserción aludida, la Corte no habría podido dejarla sin efecto, y advirtió además que si el Tribunal revocaba el fallo de primera instancia incurriría en el vicio en que ha incurrido, de dar su sentencia en una apelación declarada desierta conforme á la ley, causal de casación señalada en el número 8º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, y de dictarla contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, como ya lo era el fallo de primera instancia que fué alegado oportunamente en el juicio.

Sostiene, por último, el recurrente que la sentencia del 31 de agosto ha sido acordada por menor número de votos y pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, lo que es motivo bastante de casación, según el número 3º del artículo 941 an-

tes citado. En efecto, según el certificado del relator de la causa, ésta fué vista por los señores ministros allí indicados y, sin embargo, la sentencia aparece acordada y pronunciada por solo tres de ellos, sin que nada indique por qué se ha prescindido del cuarto Ministro concurrente á la vista.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que, si bien en la resolución de 7 de mayo último, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago declaró desierto el recurso de apelación deducido contra la sentencia de 10 de abril, por los representantes de la sucesión de don Máximo Flores, la misma Sala, á solicitud de la sucesión apelante, revocando por contrario imperio esa resolución, declaró sin lugar la deserción pedida por don Horacio Aroca G. y ordenó que rigera el decreto que mandada expresar agravios.

2º Que, para esta revocacion la Sala sentenciadora se funda en lo dispuesto por el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil que establece que: "Si no compareciere el apelante ó no expresare agravios oportunamente, el apelado pedirá que se declare desierta la apelación. El Tribunal en el primer caso resolverá con solo el mérito del certificado del secretario, pudiendo siempre pedirse dentro de tercero día reposición del fallo que se dictare, si se hubiere fundado en un error de hecho";

3º Que no hay para qué apreciar los fundamentos que haya tenido el Tribunal para reponer la resolución que había declarado la deserción del recurso, toda vez que ese Tribunal ha hecho uso de una facultad privativa y concedida por la ley, y que, dado el sentido en que esa resolución se dictó, es decir, desechando la deserción solicitada, no es susceptible del recurso de casación;

4º Que atendido lo expuesto en los considerandos anteriores, la sentencia recurrida no ha sido pronunciada contra otra legalmente declarada desierta ni contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, pues no tenía ese carácter la de primera instancia después de la reposición aludida; y no le afectan, por consiguiente, los vicios en que á este respecto se funda el recurso; y

5º Que, en cuanto al fundamento de haberse acordado la sentencia recurrida por menor número de votos y pronunciado por menor número de jueces que el requerido por la ley, la misma parte recurrente en su escrito en que pide se le tenga por desistido de esta causal, expresa que el juicio se vió realmente por solo los mismos Ministros que firman la sentencia.

Visto además lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar con costas el recurso de casación en la forma interpuesto por don Horacio Aroca G. contra la ya aludida sentencia.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gaete.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—Carlos Varas.*

Cas. en la forma.—18 julio de 1906
Cas. en el fondo.—7 de mayo de 1907

Díaz Valdés Josefa con Díaz Valdés Pío

Mandato para segunda instancia.—Representación.—Poder judicial.—Procurador de turno.—Privilegio de pobreza.—Expresión de agravios.—Citación para sentencia.—Improcedencia.—Anuncio.—Plazo fatal.

DOCTRINA:—*Constituido legalmente el mandato para segunda instancia, el mandatario tiene facultad bastante para representar á su mandante en todas las segundas instancias de la causa con arreglo á los artículos 8 y 11 del Código de Procedimiento Civil y su representación no caduca sino por la revocación de su mandato ó por otras causas legales.*

Por consiguiente, hecha la expresión de agravios y notificada la citación para sentencia á un procurador que entró como procurador de turno á representar á la parte que gozaba de privilegio de pobreza, y la representó en diversas apelaciones con su aquiescencia, la sentencia que se dicte no adolece de nulidad por la circunstancia de haber representado á la misma parte, en la primera apelación de la causa, otro procurador que en aquella fecha se hallaba de turno.

Es improcedente el recurso de casación en el fondo anunciado fuera del plazo legal.

Doña Josefa Díaz Valdés viuda de Moreno, domiciliada en Quillota, demandando á don Pío Díaz Valdés expone: que las penosas circunstancias por que atraviesa la obligan á demandar á su hermano don Pío Díaz Valdés para que la acuda con los alimentos á que le da derecho la ley. Además de ser viuda tiene cuatro hijas mujeres y un hijo enfermo é imposibilitado para el trabajo y carece de lo necesario para atender á las más premiosas necesidades de la vida. Dice que su hermano don Pío, á quién en varias circunstancias se ha dirigido, se ha negado á socorrerla á pesar de poseer bastantes bienes de fortuna,

En vista de lo expuesto pide se declare que su citado hermano está obligado á acudirla con una mesada alimenticia de $ 300 mensuales.

En rebeldía del demandado, se recibió la causa á prueba, se convino que la prueba se tomara por el procedimiento antiguo y que se entendiera cometida al receptor Rencoret, se rindió la que consta de autos; alegaron las partes de bien probado; la parte demandante sostiene que es nula la prueba rendida por el demandado debido á que no la recibió el citado receptor; se citó para sentencia y con fecha 19 de julio de 1905 uno de los jueces de letras de Santiago, falló:

Considerando:

1º Que en el otrosí se dejó establecido que la prueba sería recibida por el receptor Rencoret y con arreglo al procedimiento antiguo;

2º Que si bien en el decreto se cometió la recepción de la prueba del demandado, esto no variaba dicho convenio;

3º Que el citado convenio se traduce en que las partes han acordado la recusación de los otros ministros de fe;

4º Que según el artículo 321 del Código Civil, los hermanos ocupan el octavo lugar de los llamados á la obligación de prestar alimentos;

5º Que la demandante reune varios títulos de los enumerados en la citada disposición;

6º Que según el artículo 326 del mismo Código "el que para pedir alimentos reune " varios títulos de los enumerados en el ar- " tículo 321 solo podrá hacer uso de uno de ellos, prefiriendo en primer lugar el que tenga por los números 9º y 10, de dicho artículo", y puede acudir al número 8 solo despues de todos los números precedentes;

7º Que los descendientes se hallan en el número 2 y por lo tanto en obligación preferente;

8º Que la demandante no ha justificado que sus descendientes estén exentos de la obligación de alimentarla y, por el contrario, ha confesado que uno de ellos está cumpliendo este deber;

9º Que tampoco ha probado la demandante que la obligación actual de proporcionarle alimentos pese esclusivamente sobre el demandado.

Visto, además, lo que disponen los artículos 151 y 167 del Código de Procedimiento Civil y 1545, 1546, 1698 y 1713 del Código Civil, se declara que es nula la prueba rendida por el demandado y que no ha lugar á la demanda, sin costas.—*Dagoberto Lagos.*

Apelada esta sentencia, una de las salas de la Corte de Santiago resolvió:

Santiago, 1º de Mayo de 1906.—Vistos: Con el mérito de los seis últimos considerandos, se confirma la sentencia apelada de 19 de julio de 1905, en cuanto niega lugar á la

demanda entablada por doña Josefa Díaz Valdés viuda de Moreno.

Acordada contra el voto del señor Ministro Barriga quién opinó por la revocatoria de la mencionada sentencia, á virtud de las consideraciones que espone en el libro de acuerdos.—*Luis Barriga.*—*R. Reyes Solar.*—*Felipe Herrera.*

Contra esta sentencia el procurador don Carlos Ugarte, en nombre de la parte demandante dedujo los recursos de casación en la forma y en el fondo.

Formalizando el primero de dichos recursos expone el recurrente que, por gozar la señora Díaz Valdés del privilegio de pobreza, él, en su carácter de procurador de turno representó á la demandante en la primera apelación que ocurrió en el juicio, representación que ha debido continuar conforme á la ley; y que, sin embargo el procurador don Amadeo Gundelach ha asumido esa representación sin corresponderle expresando agravios y notificándole el decreto de citación para sentencia por lo que se han omitido estos trámites declarados esenciales según los artículos 941 número 9º y 970 números 2º y 5º del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que si bien es cierto que el procurador don Carlos Ugarte V., tuvo la representación de la recurrente doña Josefa Díaz Valdés en la primera apelación que se produjo en un incidente de esta causa el año de 1903, en cambio en otras apelaciones de años posteriores tomó la representación de dicha señora el procurador de turno en la primera de estas últimas don Amadeo Gundelach, con la aquiescencia de su representada, según se desprende de los autos, puesto que jamás en los diversos trámites del juicio se dedujo observación alguna respecto de esta representación.

2º Que, constituido legalmente el mandato de Gundelach, en la forma indicada conforme á lo prescrito por el artículo 136 del Código de Procedimiento Civil, el indicado mandatario ha tenido facultad bastante para continuar gestionando á nombre de la señora Díaz Valdés en todas las segundas instancias de la causa, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 8 y 11 del mismo Código; y su representación no ha podido caducar sino por la revocación de su mandato ó por otras causas legales que no han existido; y

3º Que, de consiguiente, la expresión de agravios efectuada por Gundelach y las notificaciones que se le han hecho á nombre de la señora Díaz Valdés no adolecen de ningún vicio que autorice la interposición del presente recurso;

Vistos los artículos 811, 134, 136 y 941 del Código de Procedimiento Civil, se desecha el recurso de casación en la forma interpuesto á nombre de la señora doña Josefa Díaz Valdés, declarada pobre para litigar.

Pásense los antecedentes al Tribunal pleno.

Redactada por el señor Ministro Urrutia. *Leopoldo Urrutia.* — *Galvarino Gallardo.*—*Gabriel Gaete.*—*V. Aguirre V.*

Y conociendo del recurso de casación en el fondo.

La Corte falló:

Considerando:

1º Que la sentencia recurrida fué notificada el 1º de marzo de 1906 á don Amadeo Gundelach, quien como procurador de turno tenía la representación de doña Josefa Díaz Valdés que goza de privilegio de pobreza para litigar en este juicio.

2º Que el recurso de casación en el fondo fué anunciado el 10 del mismo mes por don Carlos Ugarte Valenzuela, que en su carácter de procurador de turno también había intervenido anteriormente en el juicio á nombre de la misma señora, y que aún cuando dicho procurador tuviera facultad para interponer aquel recurso se habría deducido fuera del término legal; y

3º Que este tribunal ha establecido en la sentencia que desechó el recurso de casación en la forma, el hecho de que la recurrente tuvo conocimiento oportuno de las jestiones practicadas á su nombre por el procurador Gundelach.

Visto lo dispuesto en el artículo 943 del Có-

digo de Procedimiento Civil, se declara improcedente el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de 1º de mayo del año próximo pasado.

Redactada por el señor presidente Varas.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—1º de mayo de 1907

Gallardo v. de Moreno con Compañía de Teléfonos de Iquique

Apreciación de los hechos; facultad privativa. - Sentencia; enunciación de las peticiones. Considerandos de hecho y de derecho.—Sentencia confirmatoria; nuevos fundamentos.—Documentos; presentación; impugnación.—Accidente.—Cuasi delito.—Alambre eléctrico.—Responsabilidad.—Caso fortuito.—Perjuicios.

DOCTRINA:—*La apreciación de la prueba es facultad privativa del tribunal sentenciador.*

La sentencia que contiene tanto la enunciación breve de las peticiones ó acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos, como las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de base á la sentencia no infringe los incisos 2º y 4º del artículo 193 y 5º del 941 del Código de Procedimiento Civil.

Es inaceptable la causal de casación fundada en que un considerando de la sentencia de primera instancia acepta el valor probatorio de documentos que á juicio del recurrente fueron presentados fuera de término y han sido impugnados por él, si la sentencia recurrida confirma la de primera en virtud de fundamentos nuevos sin aceptar los que ésta había consignado y sin hacer mención siquiera de los documentos impugnados por el recurrente.

Don Carlos Roberto Larraguibel, residente en Iquique, como mandatario de doña Francisca Gallardo v. de Moreno, domiciliada en Antofagasta demandando expone: que su mandante fué una de las muchas personas que concurrieron á la fiesta celebrada en la plaza Prat de este puerto el 21 de mayo de 1904, y debido quizás á la caída de algún palo de los voladores que se quemaban esa noche, se cortó un alambre de la Compañía de Teléfonos que fué á conectar con otros de la Compañía de Alumbrado, que se cortaron á su vez, yendo á enroscarse en la señora Gallardo v. de Moreno, la cual cayó inmediatamente al suelo como herida por el rayo; que socorrida la señora por otros asistentes al paseo, resultó con la ropa y cuerpo quemados en varias partes, siendo conducida al hospital en donde permaneció tres meses y medio y se le dió de alta con los brazos inservibles y sin acción y después de serles amputados un dedo de cada mano; que su representada culpa de su desgracia á la Compañía de Teléfonos, que jamás se ha preocupado de conservar sus alambres y su material en buen estado, ó siquiera en condiciones de resistir accidentes de ordinaria frecuencia como la caída de un volador, descuido tanto mas inexcusable cuanto es sabido que los hilos de esa Compañía están próximos en todas las calles y paseos á los de la Compañía de alumbrado, cuyo material se inflama y mata cuando algo conecta sus líneas; que todo el público sabe que los alambres de la Compañía de Teléfonos se encuentran desde hace tiempo envejecidos y debilitados por el moho ú orin que se produce por la acción del tiempo, á tal extremo que ya basta el solo viento para cortarlos, lo que puede decirse que ocurrió en el accidente de que fué víctima su mandante; y que en mérito de lo expuesto viene en demandar á The Chili Telephone

Company Limited para que en definitiva se declare que está obligada á indemnizar el daño causado á doña Francisca Gallardo v. de Moreno, indemnización que estima en la suma de $ 30,000 en atención al estado de invalidez en que el accidente dejó á la expresada señora.

Don Alfredo Kendall, en representación de The Chili Thelephone Company Limited que se ocupa en el giro que indica su título, y que tiene su oficina principal en Iquique, contestando pide que la demanda sea desechada con costas; y expone que los hechos expuestos por la parte contraria, salvo que la señora Gallardo v. de Moreno sufrió un accidente en la plaza Prat el 21 de mayo de 1904, á consecuencia de la cortadura de un alambre de luz eléctrica, son totalmente falsos, y algunos de ellos, en el supuesto de ser efectivos, acreditarían la falta de lógica y de fundamento legal de la demanda, la cual por otra parte, no aduce consideración alguna de derecho que justifique las peticiones que contiene.

En la réplica el demandante se remite á la prueba que rendirá oportunamente.

La dúplica es de mero trámite.

Previas las formalidades legales la causa fué recibida á prueba, rindiéndose por ambas partes.

Se alegó de bien probado y se citó para sentencia.

El Juzgado de Iquique, con fecha 9 de febrero de 1906 falló:

Considerando:

1º Que las partes están de acuerdo en que realmente se produjo en la noche del 21 de mayo de 1904 el accidente relacionado en la demanda, resultando gravemente lesionada doña Francisca Gallerdo v. de Moreno;

2º Que las partes están igualmente de acuerdo en que el accidente fué debido á la cortadura de los alambres de la Empresa de Alumbrado Eléctrico, los cuales se enroscaron en la expresada señora; pero la parte demandante sostiene que dicha cortadura se debió á que primeramente se cortó un alambre de la Compañía de Teléfonos el cual cayendo sobre los del alumbrado, produjo el accidente;

3º Que aún dándose por probada esa circunstancia, en la demanda se expresa categóricamente que la cortadura del alambre de la Compañía demandada se produjo á causa de que sobre ella cayó un palo de los voladores que en la noche indicada se quemaban en la plaza Prat de esta ciudad, y, por lo tanto, el hecho aparece revestido de los caracteres de un caso fortuito;

4º Que la prueba testimonial rendida por la parte demandante al tenor de los puntos undécimo y duodécimo de la minuta para acreditar que los alambres de la Compañía de Teléfonos se encontraban muy viejos en la fecha del accidente y en estado de cortarse solos, constituyendo con tal motivo las líneas telefónicas una amenaza para el público, además de ser escasa y deficiente, no merece entera fe ya que los testigos no dan razón de sus dichos y no consta que tengan los conocimientos necesarios para opinar sobre la materia;

5º Que á mayor abundamiento dicha prueba testimonial se encuentra contradicha con el informe agregado por el cual el Inspector de Obras Municipales, informando por orden del primer alcalde, asegura que jamás han ocurrido desgracias por la cortadura de las líneas telefónicas, y que estas se han encontrado siempre en buen estado de servicio.

Con arreglo á los artículos 151 del Código de Procedimiento Civil, y 1698 del Código Civil se declara que no ha lugar á la demanda.

Se exime al demandante del pago de costas por aparecer de autos que ha tenido motivos plausibles para litigar.

Se habilita el feriado para el pronunciamiento de esta sentencia.—*Felipe S. Urzúa.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones dictó la siguiente sentencia:

Tacna, 31 de julio de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada de 9 de febrero último, y

Teniendo presente:

1º Que en la demanda se atribuye el accidente, materia del presente juicio, á haberse cortado un alambre de la Compañía de Teléfonos é ido á caer sobre los del alumbrado eléctrico, los cuales cortados á su vez se habían enroscado en la demandante, lesionándola

dola y dejándola en el estado que allí se indica; y por su parte la Compañía demandada atribuye dicho accidente á la ruptura de un alambre de la luz eléctrica;

2º Que, en los puntos de prueba de la demandante, á cuyo tenor se rindió la prueba testimonial de ella, se dice que fué un alambre del teléfono el que, después de cortar e y conectar con la del alumbrado envolvió y dañó á la señora Gallardo;

3º Que esa prueba se ha estendido también á justificar que la ruptura del alambre telefónico se debió á la circunstancia de estar muy deteriorado por la acción del tiempo y de la atmósfera;

4º Que es cierto que hay tres testigos que declaran afirmativamente sobre el particular; pero uno de ellos contra-interrogado dijo que, por ser de noche no había podido cerciorarse ni siquiera de que metal era el alambre, no obstante de haber poco antes asegurado que era de fierro, y otro de los testigos no indica absolutamente por qué puede constarle lo que declara;

5º Que con tales declaraciones contradictorias con las propias aseveraciones de la señora Gallardo en su demanda relativa á hechos de carácter técnico y que aún adolecen de los defectos á que se refiere el considerando anterior, no puede darse por comprobada la responsabilidad que se imputa á la Compañía demandada; tanto más que, interrogados esos tres testigos sobre si el accidente fué debido pura y exclusivamente al descuido en que la Compañía demandada tiene sus líneas, por lo cual ella era la responsable de dicho accidente, contestaron dos que nada podían decir al respecto, y el tercero que, aunque así lo estimaba, no podía asegurarlo;

6º Que á todo lo anterior puede todavía agregarse que una versión distinta tanto de la que se da sobre los hechos en la presente demanda como de lo informado por los testigos al tenor de los puntos de prueba aparece en otra demanda que por causa del mismo accidente entabló la señora Gallardo contra la Compañía de Luz Eléctrica y de la cual se desistió sin indicar el motivo varios meses antes de iniciar el actual juicio.

Por tanto, se confirma con costas del recurso la sentencia indicada al principio.

Redactada por el señor Ministro Quirell. —*R. Vega.—E. Barros.—M. A. Quirell.—A. M. de la Fuente.*

Contra esta sentencia, la parte demandante ha interpuesto recurso de casación en la forma, fundado:

1º En que tanto el fallo de primera instancia como la sentencia recurrida apoyan el rechazo de la demanda en consideraciones que no guardan conformidad con el mérito de autos, de lo que resulta una apreciación de la prueba distinta de la que corresponde si se hubieran expuesto los hechos de dicha demanda y considerado las declaraciones de los testigos de la causa tales como constan del proceso, causal de casación señalada en los números 2º y 4º del artículo 193 y número 5º del 941 del Código de Procedimiento Civil.

La recurrente indica los hechos y declaraciones á que se refiere y que en su concepto, han sido erróneamente apreciados;

2º En haberse desechado la prueba del recurrente y considerado como prueba de la contra-parte, según aparece del considerando 5.º de la sentencia apelada, los documentos agregados en primera instancia trascurrido el término probatorio, documentos que en ese estado del pleito fueron impugnados por el demandante; todo lo cual constituye la causal de casación prevista en el número 9º del artículo 941 y 3º y 4º del artículo 966 del Código citado.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la Corte de apelaciones de Tacna, en la sentencia recurrida, se ha limitado á apreciar, en uso de una facultad que le corresponde, tanto la prueba testimonial rendida en autos como los demás antecedentes del juicio, sin que aparezca que en esa apreciación se hayan infringido los incisos 2º y 4º del artículo 193 y 5º del 941 del Código de Procedimiento Civil que se citan como violados, pues la sentencia contiene tanto la enunciación breve de las peticiones ó acciones deducidas por la demandante y de sus

fundamentos como las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de base á la sentencia misma.

2º Que la sentencia recurrida, confirmatoria de la de primera instancia al reproducir la relación de los hechos contenidos en ésta, cuidó de establecer los nuevos fundamentos en virtud de los cuales llegaba á la confirmación de la sentencia apelada sin aceptar lo que ésta había consignado por su parte, y por tanto, carece de base la causal segunda de casación que está apoyada en el considerando 5º de la mencionada sentencia de primera instancia, tanto más cuanto que la recurrida ni siquiera hace mención alguna de los documentos impugnados por el recurrente.

Vistos además los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el presente recurso de casación.

Aplícase á favor del Fisco la cattidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gaete.—*Gabriel Gaete.—Galvarino Gallardo.—E. Fóster Recabarren.—E. Donoso V.*

Cas. en el fondo.—3 de mayo de 1907

Lantadilla con Alarcón

Causal de casación.—Apreciación de los hechos. — Servidumbre; su constitución. - Acueducto.—Vecinos; colindantes. - Cerramiento.

DOCTRINA:—*Es inadmisible una causal de casación que no tiene relación alguna con las cuestiones debatidas en el juicio y resueltas por la sentencia recurrida.*

La apreciación de los hechos es facultad privativa del Tribunal sentenciador.

Don José Dolores Lantadilla, residente en Chorrillos en el departamento de San Fernando, á nombre de su esposa doña Lucrecia Díaz, demanda á don Amador Alarcón, domiciliado en la calle de Carampangue, de San Fernando, expone: que su expresada esposa posee en la calle de Carampangue una casa y sitio que deslinda con otra del señor Alarcón, cuyos deslindes se hayan divididos entre ambos desde años atrás, y en mal estado la parte correspondiente á Alarcón por haber caído la muralla y existir sólo unas tablas que él ha puesto para evitar la comunicación de ambas propiedades y que habiéndose resistido Alarcón á hacer la parte del cierro que le corresponde, se ve en el caso de demandarlo para que lo haga con muralla y barda de teja en el término de un mes y bajo apercibimiento de poder hacerla por su parte y á costa de él. Que á más la propiedad de su esposa fué comprada según aparece en la escritura con derecho á agua corriente, la que salía de la acequia madre que pasa por la propiedad de Alarcón y que habiendo deseado construir el cauce de ladrillo y á su costa, Alarcón se ha negado á permitirlo, por lo que lo demanda igualmente para que se le obligue á no ponerle embarazo para la obra; pide costas.

Alarcón contesta que nunca se ha fijado ó dividido el deslinde de ambas propiedades y que el día que esto se haga no tendrá inconveniente en hacer la parte que le corresponde; que en cuanto á la acequia no ha existido jamás en su propiedad servidumbre de acueducto á favor de la parte demandante y sólo por gracia ha permitido algunas veces usar para el riego de las propiedades del demandante del agua sobrante de la que extraía de la acequia que pasa por su propiedad para el riego de su propio sitio, y que no constituyendo esa condescedencia un derecho de Lantadilla y no estando dispuesto á conceder la servidumbre, pide que deseche la demanda en ese punto.

A su vez reconviene á Lantadilla para que se le obligue á reparar la muralla de un edificio que tiene á deslinde con su propiedad, la que se halla en mal estado por desplome.

En la réplica, Lantadilla, reforzando los fundamentos de la demanda en lo que se refiere á la servidumbre de acueducto, expone

que tanto la propiedad de su esposa como la que posee el señor Alarcón fueron de un solo dueño, quien la vendió tanto á Alarcón como á los poseedores á quienes ha sucedido su esposa con la servidumbre establecida, y que se reclama y alega esa circunstancia en apoyo de su derecho refiriéndose en lo demás á sus exposiciones anteriores.

En la dúplica se limita á negar los hechos nuevamente alegados por el contendor. La causa se recibió á prueba y se rindió la que consta de autos y se practicó igualmente la vista ocular de autos, y previos los alegatos de ambas partes se citó para resolución.

El Juzgado de San Fernando, con fecha 2 de marzo de 1904, resolvió:

En mérito de lo expuesto y teniendo presente: que no se ha comprobado un acuerdo previo entre los poseedores de la propiedad de Lantadilla y Alarcón sobre división del deslinde común; que no se ha establecido que la propiedad del demandado haya estado gravada con la servidumbre de acueducto, ni por acto del dueño común ni por otro posterior, ni que esto importe el hecho de haber permitido Alarcón el goce de alguna cantidad de agua, que accidentalmente ha dejado correr á la propiedad del demandante; y que no se ha justificado que la muralla de los edificios que Lantadilla ha construido en el deslinde de su propiedad con la de Alarcón esté en condiciones de ruinosa y amenace venirse al suelo, y juzgando con arreglo á lo dispuesto en los artículos 844, 846 y 853 del Código Civil, se declara: que ha lugar á la demanda en cuanto á que don Amador Alarcón está obligado á construir la mitad del deslinde de la propiedad que posee con la de doña Lucrecia Díaz, de material sólido y dos metros de altura en el término de dos meses, y previa división del deslinde que le corrresponda, para lo cual no se tomará en cuenta la parte de deslinde que esté ocupada con edificios de ambos colindantes, y se considerará como parte de Lantadilla la parte que ocupa con edificios de éste. Dicha división la harán los interesados por sí, y en caso de discordia un perito nombrado en la forma ordinaria; y que no ha lugar á lo demás deducido por ambas partes.—*Larraín.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, noviembre 17 de 1904.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, y teniendo presente:

1º Que consta de autos que el predio perteneciente á doña Lucrecia Díaz, esposa de don José Dolores Lantadilla, y el de don Amador Alarcón fueron de propiedad de un mismo dueño, don Juan Francisco Argomedo;

2º Que de la escritura pública otorgada en San Fernando el 1º de junio de 1886 resulta que el expresado Argomedo vendió á doña Lucrecia Díaz una casa y sitio de su pertenencia, con agua corriente, ubicada en aquella ciudad, y que el vendedor se obligó á construir á su costa el cauce para dar agua al predio vendido, situándose ese cauce al fondo del indicado predio;

3º Que, en virtud de lo expuesto en el considerando precedente, don Juan Francisco Argomedo constituyó en la escritura mencionada una servidumbre de acueducto á favor de la propiedad de la esposa del demandante y lo que éste solicita en su demanda es el cumplimiento de lo pactado relativamente al establecimiento de la indicada servidumbre.

Visto lo dispuesto en los artículos 1698 y 882 del Código Civil, se revoca en la parte apelada la sentencia de 2 de marzo último y se declara: que don Amador Alarcón debe permitir á don José Dolores Lantadilla la construcción del acueducto de que se trata, debiendo señalarse el rumbo por el Juzgado oyendo el informe de un perito, si lo estimare conveniente, y teniendo presente lo establecido al respecto por la escritura de 1º de junio de 1886.

Redactada por el Ministro señor Donoso Vildósola.—*E. Donoso V.—J. Ignacio Larraín Z.—José J. Marín.*

El demandado Alarcón, declarado pobre, interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones, fundándolo en las siguientes causales:

a) Infracción de los artículos 24 y 25 de la ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891 que en su concepto, ha derogado implícitamente las disposiciones del Código Civil

en lo referente á las servidumbres de acueducto, lo cual es de la exclusiva competencia de esas corporaciones;

b) Infracción del artículo 1698 del Código Civil, invocado en el fallo recurrido, pues, el demandante Lantadilla no ha justificado la constitución de la servidumbre, ni haberla gozado por el tiempo que determina el último inciso del artículo 882 del Código citado. Oido el dictamen de uno de los señores Ministros,

La Corte:

Considerando:

1º Que la causal de casación basada en haberse infringido los artículos 24 y 25 de la ley de Municipalidades de 22 de Diciembre de 1891, no tiene relación alguna con las cuestiones debatidas en el juicio, y resueltas por la sentencia de que se recurre que se refieren á la constitución de la servidumbre de acueducto en beneficio del predio del demandante;

2º Que es igualmente inadmisible la causal de casación que se funda en haberse violado el artículo 1698 del Código Civil al darse por probada la obligación que alega el demandante, pues la sentencia pronunciada por el Tribunal de segunda instancia, establece, ejercitando legalmente atribuciones propias, que los predios de los propietarios colindantes, doña Lucrecia Díaz y don José Dolores Lantadilla pertenecieron á un mismo dueño, don Juan Francisco Argomedo vendió a la señora Díaz el sitio y casa de que se trata con agua corriente, obligándose el vendedor á construir el cauce en el fondo del indicado predio; y

3º Que la apreciación de los hechos relacionados en el considerando anterior, en cuanto comprueban la constitución de la servidumbre, no pueden ser materia, del presente recarso, pues constituye una facultad privativa del Tribunal sentenciador.

Y visto lo dispuesto en los artículos 940, 960 y 973 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que no ha lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto por don Amador Alarcón contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 17 de noviembre de 1904, sin costas por litigar el recurrente con privilegio de pobreza.

Redactada por el señor Ministro Gallardo.—*Carlos Varas.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—Luis Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—7 de mayo de 1907.

Mainguyague con Mesones

Pago.—Consignación.—Oferta válida—Ultra petita

DOCTRINA:—*No falla "ultra petita" la sentencia que se limita á decidir el punto controvertido, que era en la especie la procedencia ó improcedencia de un pago por consignación ofrecido.*

Don Pablo Mainguyague, se presentó con el Juzgado de Victoria exponiendo: que el 11 de Abril del año 1904, don Braulio Rodríguez hizo cesión á don Pedro Mesones de crédito por $ 9.440 que tiene contra el frascrito; que de dicha suma, Rodríguez alcanzó á percibir antes de ceder el crédito la suma de $ 9.000 según consta de recibos que deben existir en autos por agregación que se haga de ellos en éstos á su tiempo, *ad efectos videndi*, quedando en consecuencia, á favor del señor Mesones, cesionario del crédito, un saldo ascendente á la suma de $ 443; que el plazo para exigir el pago de esta suma expira el 31 de abril del año en referencia, por cuya razón desea quedar desligado de esta obligación pagando lo adeudado, á fin de que se cancele una fianza que don Pedro Louvet tiene constituida á su favor, y que habiendo Mesones partido en viaje á Europa, dejando como apoderado para el arreglo de sus asuntos á don José Macho González, comerciante de

dente en Angol, se hace necesario notificar á Macho para que se traslade á esta ciudad, y recibiendo los $ 440, perciba y cancele el crédito, bajo apercibimiento de que si en el plazo razonable de cuarenta y ocho horas no lo hace, se habrá de verificar el pago por consignación y á costa de Mesones. Dióse lugar á lo pedido por el señor Mainguyague según auto de 20 de mayo del año 1905.

Don José Macho González, se opone al pago de esta suma y dice que lo solicitado por Mainguyague y concedido por el Juzgado es perjudicial á los derechos de los cuales es representante, por cuanto él se halla encargado de liquidar créditos que según escritura pública representan valores muy superiores á la suma que ofrece en pago Mainguyague; que la escritura de 13 de julio de 1904, en que consta el valor de lo que Mainguyague debe á Mesones reconoce en favor de este último un crédito de $ 22.865 y no podrá cancelarla si no se le paga totalmente ó no se le presentan legítimos abonos que lo satisfagan, y que por último no tiene inconveniente si así lo estima Mainguyague en recibir como abono con un recibo parcial la cantidad que pretende entregarle, lo que se tendría presente al tiempo de la liquidación general. Don Pablo Mainguyague insiste en su petición y dice que la oposición deducida carece de base legal ya que todos los pagos anteriores que ha efectuado constan de escrituras públicas y no por un mero capricho del mandatario del acreedor, ha de seguir manteniéndose en una situación anormal que perjudica no sólo sus intereses, sino los del fiador señor Louvet, por lo que pide se deseche la oposición, con costas. Por sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción de 25 de mayo último, se dió á este juicio el carácter de sumario y se resolvió que el Juzgado debía pronunciar sentencia sin más trámite. Cumpliendo lo ordenado, el Juzgado de Victoria, con fecha 18 de junio de 1906 resolvió:

Teniendo presente:

1º Que según la liquidación que consta de la escritura pública de 13 de julio de 1904, extendida ante el notario de esta ciudad don Alejandro Urrutia Zañartu, don Pablo Mainguyague quedó debiendo á don Braulio Rodríguez la cantidad de $ 9.443 pagaderos en la forma siguiente: $ 3.000 á sesenta días plazo á contar desde la fecha de la escritura y el resto por mensualidades vencidas de $ 1.000 cada una, que empezarán á correr desde el vencimiento de los sesenta días del primer plazo;

2º Que consta de las escrituras públicas que don Braulio Rodríguez percibió del deudor don Pablo Mainguyague hasta el 15 de marzo de 1905 la cantidad de $ 9.000 en las fechas que en las escrituras aludidas se expresan.

3º Que por escritura pública otorgada ante el notario de esta ciudad el 8 de abril de 1905, don Braulio Rodríguez cedió á don Pedro Mesones el crédito que constaba de la escritura pública de 13 de julio de 1904 á que se alude en el considerando 1º;

4º Que, en consecuencia, lo que el señor Rodríguez ha podido ceder al señor Mesones, es el saldo que al primero adeudaba el señor Mainguyague á la fecha de la cesión, que ascendía á $ 443;

5º Que la última parcialidad ascendente á $ 443, debió pagarla el deudor el 11 de abril de 1905;

6º Que aparece de estos antecedentes que el deudor ofreció pagar este saldo el 16 de mayo de 1905;

7º Que don José Macho González tiene facultad de percibir por don Pedro Mesones, según consta del poder que se registra.

Y visto además lo que disponen los artículos 1576, 1580 inciso 2º, 1599, 1600 del Código Civil, 151 y 262 número 3.º del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar con costas al pago por consignación; y en consecuencia el deudor debe depositar en una oficina pública á la orden del acreedor la expresada cantidad de $ 443 y los intereses legales desde el 11 de abril de 1905, hasta el 23 de mayo del mismo año, fecha en que fué notificada la oferta al representante del acredor.—*José Elías Rifio.*

Apelada esta sentencia, la Corte falló:

Concepción, 20 de octubre de 1906.—Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo en consideración:

1º Que la consignación es el depósito de la cosa que se debe hecho á virtud de la repugnancia ó no comparecencia del acreedor á recibirla y con las formalidades necesarias en manos de una tercera persona;

2º Que la consignación debe ser precedida de oferta, y para que la oferta sea válida debe reunir las circunstancias que indica el artículo 1600 del Código Civil; y

3º Que en este caso don Pablo Mainguyague no hizo la oferta en la forma requerida por la disposición legal citada, por lo cual no procede por ahora lo pedido en el escrito.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prescrito en los artículos 1600 ya citado del Código Civil y 1599 del mismo Código y 151 del de Procedimiento Civil, se revoca la referida resolución de 18 de junio último, sin costas, por haber habido motivo plausible para litigar; y se declara que no ha lugar por ahora á lo pedido en el escrito, sin perjuicio de otros derechos que pueda hacer valer don Pablo Mainguyague.

Redactada por el señor Presidente Figueroa Lagos.—*Exequel Figueroa.—Juan N. Parga.——Ramón Navarro O.*

Contra esta sentencia el procurador don J. Senén Conejeros, en nombre de Mesones, interpuso recurso de casación en la forma, en razón de haberse dado aquella *ultra petita*, causal prevista en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Sostiene el recurrente que la demanda de Mainguyague tenía por único objeto que se obligara á Mesones á recibir lo ordenado y cancelar el respectivo crédito, bajo apercibimiento de hacerse el pago por consignación, y que, habiéndose el acreedor limitado á oponerse á tal petición, alegando que se le debía mayor cantidad que la ofrecida, quedó trabada la litis en el sentido de que sólo pudiera determinarse, como lo hizo el fallo de primera instancia, cuanto era lo debido, sin que fuera lícito á la Corte extender su sentencia á un punto extraño á la materia del pleito, como es la validez del pago por consignación, apenas insinuado por vía de apercibimiento.

La Corte:

Considerando:

1º Que la causal de casación en la forma se funda en que la Corte de Apelaciones de Concepción, al fallar esta causa por la sentencia de 20 de octubre de 1906 declarando que no ha lugar por ahora al pago por consignación ofrecido en el escrito que se ha tenido como demanda, ha extendido su sentencia á un punto extraño al debate; y

2º Que de los términos de dicha sentencia aparece que no es efectivo el fundamento que da el recurrente, pues ella se limita á decidir el punto controvertido, que no es otro que el que contempla la Corte, sobre procedencia ó improcedencia del pago por consignación ofrecido.

Vistos los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil se declara sin lugar, con costas, el presente recurso de casación.

Aplícase en favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor M. Urrutia.—*Leopoldo Urrutia. — Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete. —E. Fóster Recabarren.*

———

Cas. en la forma.—8 de mayo de 1907

González con Martínez

Tribunal de alzada; integración. - Aviso á las partes.— Relator; certificado. - Competencia.—Prueba.

DOCTRINA:—*No es nula la sentencia del Tribunal de Alzada integrado en conformidad á la ley con el Fiscal del mismo Tribunal, si esta integración se puso en conocimiento de las partes antes de comenzar la vista de la causa.*

Queda establecido este hecho con el certificado del relator de la causa que expone que puso en conocimiento de las par-

tes dicha integración, no habiéndose rendido prueba para acreditar la inexactitud de este certificado.

Don Joaquín González por sí y por su mujer doña Juliana Valenzuela demandando dice: que en la partición del fundo Nancuan practicada por el abogado don Robinson del Pino, le correspondía la hijuela inscrita que acompaña; que en esa partición figura también como accionista don Juan de Dios Martínez, quien le retiene indebidamente la casi totalidad de su hijuela á escepción de unas ocho cuadras que ocupa él al lado norte de su hijuela y así Martínez le ocupa una extensión de treinta y siete cuadras más ó menos y que deslindan: al norte con un rectángulo de terreno de que está en posesión el demandante; al sur hijuela número 32 de Nolberto Craus y de su mujer María del Rosario Barría; al este terrenos litigiosos número 1 c, perteneciente á todos los accionistas del fundo Nuncuan y al oeste, con hijuela número 28 de Paulina Andrade; que no ha podido conseguir que Martínez le haga entrega de los terrenos que forman parte de su hijuela y que por estas razones le demanda por reivindicación á fin de que en definitiva se le ordena que le restituya el terreno arriba deslindado dentro del tercer día libre de todo embargo y se le condene al pago de costas y perjuicios y al pago de los frutos naturales y civiles desde la fecha de la inscripción de su título.

Don José Antonio 2º González por don Juan de Dios Martínez contestando la demanda dice: que su mandante es dueño del terreno á que se refiere la escritura de compraventa inscrita que acompaña y que posee hace más de diezisiete años y se encuentra en el fundo Nancuan, que uniendo su posesión á la de su vendedor Sebastián Aillapán, que poseyó el predio más de cuarenta años, Martínez ha poseído el terreno durante más de treinta años y por todos los actos propios y constitutivos del dominio y así á más de su justo título lo ha adquirido por prescripciones ordinaria y extraordinaria, que alega á favor de su mandante; que éste no ha figurado como accionista en la partición del fundo Nancuan y no le retiene porción alguna de terreno á González demandante; que el terreno cuya entrega demanda don Joaquín González se halla dentro del adquirido por su comitente según la escritura inscrita aludida y forma parte integrante de este predio; que el demandante no tiene derecho alguno á ese terreno; que por haberse excluido de la partición del fundo Nancuan á don Juan de Dios Martínez éste ha interpuesto demanda sobre nulidad de esa partición contra los demás comuneros entre los que figura el demandante Joaquín González y que por lo tanto se deseche la demanda con costas.

En los escritos de réplica y dúplica, las partes se limitaron á reproducir los razonamientos hechos valer en los de demanda y contestación.

La causa fué recibida á prueba y después de hecha publicación de probanzas, la parte de don Joaquín González tachó á todos los testigos presentados por el demandado en Osorno y la Unión porque habían sido examinados por los secretarios respectivos sin que á estos les fuese cometida la recepción de la prueba por el juez exhortante; la misma parte tachó además á once testigos que declararon en Osorno porque residían en la 5ª subdelegación de este departamento; según apercibimiento decretado, se ordenó que declarasen ante los jueces de los departamentos de sus residencias y tachó á Eusebio Alvarez por falta de probidad como perjuro y por haber sido condenado como tal.

Don José Antonio 2º González por el demandado aceptó las tachas opuestas á Eusebio Alvarez, Alejandro y Ventura Cárcamo, Juan de Dios Cárdenas y Nicolás Martínez, y porque formaban el número de cinco que excedían á los treinta que la ley permite presentar, y el mismo tachó las declaraciones de todos los testigos presentados por el demandante porque habían sido examinados por el secretario y no por el juez de la causa como estaba ordenado.

Las partes alegaron de bien probado y citadas para sentencia, el Juzgado de Puerto Montt, con fecha 28 de agosto de 1902, resolvió:

Considerando respecto á las tachas: Que según decretos la prueba que debía tomarse en los departamentos de Osorno y la Unión fué cometida por el juez de la causa; y por lo tanto pudo ser recibida por los secretarios de de esos juzgados;

Que no se ha acreditado que hayan declarado en Osorno testigos residentes en este departamento y en contravención á lo decretado;

Que tanto el demandante como el demandado rindieron su prueba testimonial en este Juzgado ante el secretario y todos los testigos del demandante fueron examinados también por el contra interrogatorio del demandado, y si es verdad que éste pidió que la prueba fuese recibida en este Juzgado, por el mismo juez, no se hizo esa petición bajo apercibimiento de nulidad de esas declaraciones, y antes había cometido la recepción de la prueba; y

Que el demandado con citación del demandante aceptó las tachas opuestas á Alejandro y Ventura Cárcamo y á Eusebio Alvarez y renunció á las declaraciones de los testigos Juan de Dios Cárdenas y Nicolás Martínez; visto lo dispuesto en la ley 17 título 32 libro 12 de la Novísima Recopilación se desechan las tachas opuestas por las partes y se desecha el testimonio de los cinco testigos antes nombrados.

Considerando en cuanto á la demanda.

Que según consta de los certificados, el demandado don Juan de Dios Martínez no intervino en el nombramiento de juez compromisario y partidor para dividir los fundos "Nancuan" y "Chifín" y tampoco fué citado para nombrarle, y esto mismo se acredita en las copias y, especialmente en el artículo 25 del Laudo del Juez partidor y en la hijuela de don Andres Benítez y, si es verdad que durante el juicio de partición fué citado y notificado, para que hiciese valer sus derechos en ese juicio, tal citación hecha despues de constituido el compromiso, no es bastante para obligar á don Juan de Dios Martínez á someterse á las decisiones de un juez compromisario que él no nombró; que el mismo señor Martínez no ha ratificado el nombramiento de juez compromisario hecho para la participación de los fundos "Nancuan" y "Chifín", y antes por el contrario, como consta de autos, ha protestado de ese nombramiento, ha dicho de nulidad de ese compromiso y tiene pendiente, según certificado, un juicio sobre nulidad de ese compromiso y entre los demandados en este juicio figura el demandante don Joaquín González; que el demandado con mayor número de testigos ha probado que el terreno de que se encuentra en posesión y que quiere reivindicar don Joaquín González, es parte integrante del predio que compró á Sebastián Aillapán según compraventa inscrita.

Que ha probado, igualmente, que don Juan de Dios Martínez, que ese terreno no forma parte del fundo "Nancuan" y lo posee tranquilamente y por todos los actos propios y constitutivos del dominio hace más de treinta años, uniendo su posesión á la de su vendedor y causante, Sebastián Aillapán.

Visto lo dispuesto en las leyes 1ª título 14 y 40, título 16, partida 3ª, artículo 181 de la ley de 15 de octubre de 1875 y artículos 700, 925, 1698, 2492, 2508 y 2510 del Código Civil, se declara sin lugar la demanda de don Joaquín González y que ha lugar á la prescripción ordinaria y extraordinaria alegada por el demandado don Juan de Dios Martínez en la contestación de la demanda. —*Alfonso.*

Apelada esta sentencia, la Corte resolvió:

Concepción, agosto 1º de 1905.—Se confirma la sentencia apelada de 28 de agosto de 1902, con costas del recurso.—*J. Guillermo Mackay.—R. Navarro Ocampo.—Juan N. Parga.*

Don Joaquín González interpuso recurso de casación en la forma contra esta sentencia.

Dice en el escrito de formalización del recurso, que la sentencia es nula por haberse dictado en contravención á lo dispuesto en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe que cuando haya que integrarse una Sala con miembros que no pertenezcan á su personal ordinario, antes de comenzar la vista se pondrá en conocimiento de las partes ó de sus abogados el nombre de los integrantes, y que al recurrente no se dió noticia de que la Sala que falló el pleito se

integraba con el señor Fiscal don Ramón Navarro O.

En concepto del recurrente, la Corte de Apelaciones no debió estimar suficiente el certificado expedido por el relator de la causa, por no expresarse en él quienes fueron las partes designadas por sus nombres y apellidos á las que se hizo saber la forma en que el Tribunal iba á integrarse.

Agrega que, según el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, es causal de casación en la forma, el haber sido pronunciada la sentencia por un tribunal integrado en contravención á lo dispuesto por la ley, y que la causal que alega está también comprendida en el número 9 del mismo artículo.

La Corte:

Considerando:

1º Que aparece el siguiente certificado suscrito por el relator de la causa: "Certifico haber puesto en conocimiento de las partes que esta Sala del Tribunal se integraba con el señor Fiscal Navarro O., para la vista de la presente causa";

2º Que informando el mismo relator, confirma lo expuesto en la deligencia y no se ha rendido prueba para acreditar la inexactitud de dicho certificado; y

3º Que en la integración del Tribunal para ver la causa se han cumplido los requisitos que la ley señala, y no se ha precisado por el recurrente ninguna otra causal que según la ley produzca la nulidad del fallo. Visto lo prevenido en los artículos 941, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso, con costas.

Aplícase á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor presidente Varas.—*Carlos Varas.—J. Gabriel Palma Guzmán.—V. Aguirre V.—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—27 de mayo de 1907

Ramírez con Bavestrello

Hijo natural. - Reconocimiento. —Curador. —Curatela; expiración

DOCTRINA:—*Reconocido un menor como hijo natural por su padre y aceptado este reconocimiento con las solemnidades legales por el curador especial que se le nombré al efecto, se defiere al padre la guarda legítima del hijo natural y este llamamiento pone fin á la guarda en que se hallaba el menor, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 368 del Código Civil.*

A solicitud del señor defensor de menores de Valparaíso, se nombró á don Juan Enrique Ramírez en calidad de guardador del menor Luis Bavestrello, con relevación de fianza, ordenándose discernirle el cargo, pero sin que se alcanzara á efectuar esto último.

Entre tanto, el menor fué reconocido como hijo natural por su padre don Benito Bavestrello, quien reclama la guarda para sí.

Don Juan E. Ramírez se opone, fundándose en que él es el curador, en que no puede darse otro á quien ya lo tiene, y en que ha sido impugnado el reconocimiento.

El Juzgado resolvió, con fecha 11 de noviembre de 1905:

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 368 del Código Civil y, á mayor abundamiento, que Ramírez no entró legalmente en ejercicio del cargo; visto también el artículo 1017 del Código de Procedimiento del ramo, desígnase como guardador de dicho menor á su padre natural don Benito Bavestrello.—*José R. Guzmán.*

Apelada esta sentencia la Corte falló:

Valparaíso, Enero 11 de 1906.—Vistos: se confirma con costas del recurso, la sentencia apelada de 11 de noviembre último.—*Luis*

Ignacio Silva.—Pedro N. Pineda.—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.

Contra esta última resolución, la misma parte de Ramírez dedujo recurso de casación en el fondo, exponiendo, al formalizarlo, que en ella se han infringido los artículos 209, 211, 273 y 350 del Código Civil, por cuanto no puede darse curador al menor que ya lo tiene y en atención á que el reconocimiento de hijo natural debe ser aceptado por el curador general cuando existe, como sucedía en el caso en cuestión, sin que este procedimiento se haya llenado, por lo cual no ha podido poner fin á su curatela. En el escrito en que fundó el recurso, repitió y reforzó lo ya expuesto en el de formalización y respondiendo el procurador de la parte contraria, solicita que se le rechace y dice: la sentencia que nombró á don Benito Bavestrello guardador de su hijo natural don Luis Bavestrello, puso término á la guarda á que éste se hallaba sometido, si alguna existía, de conformidad con lo expuesto en el artículo 368 del Código Civil, y no existe, por consiguiente, la violación del artículo 350 del mismo Código.

Y, si bien el recurrente pretende que dicho reconocimiento no se ha verificado con las solemnidades legales, esto serviría sólo para impugnar dicho reconocimiento, lo que sólo puede hacer el supuesto reconocido y, en el caso del artículo 213, sus descendientes legítimos y en tal evento se restablecería la guarda del recurrente que ya terminó.

Se expidió el dictámen del señor Ministro á quien correspondía informar; y

La Corte falló:

Teniendo presente:

1º Que pendiente el discernimiento del cargo de guardador del menor don Luis Bavestrello, que se hizo á don Juan Enrique Ramírez, dicho menor fué debidamente reconocido como hijo natural por su padre don Benito Bavestrello, y que el reconocimiento fué aceptado con las solemnidades legales por el curador especial que se nombró al efecto, previo el dictámen favorable del respectivo defensor, según aparece de los documentos de este expediente;

2º Que en virtud del reconocimiento á que se refiere el considerando anterior y de haberse deferido al padre la guarda legítima de su hijo natural, quedó sin efecto la designación que se había hecho en don Juan E. Ramírez;

3º Que, según lo dispuesto en el artículo 368 del Código Civil: "Es llamado á la guarda legítima del hijo natural el padre ó madre que primero lo reconozca, y si ambos lo reconocen á un tiempo, el padre.

"Este llamamiento pondrá fin á la guarda en que se halla el hijo que es reconocido como natural."

4º Que, en consecuencia de lo dispuesto en los considerandos precedentes, no existen las infracciones legales en que se apoya el recurso.

Visto, además, lo prescrito en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar al recurso, con costas.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gaete.—*Carlos Varas.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Leoncio Rodríguez.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—20 de noviembre de 1906

Mendoza con Sanfuentes

Casación en la forma.—Ultra-petita.—Acción ordinaria.—Acción posesoria. - Acueducto.—Servidumbre.

DOCTRINA: — *Falla "ultra petita" el Tribunal de Alzada que extiende su resolución á puntos no sometidos á su decisión, estableciendo que lo que resuelve es un interdicto posesorio porque es esa á su juicio la acción deducida en la demanda, siendo que en realidad de los térmi-*

nos claros de ella aparece que la acción deducida es ordinaria, habiéndose seguido la litis por los trámites del juicio ordinario y habiendo dado ese carácter á la acción la sentencia de primera instancia.

Aceptada una causal de casación, es inoficioso pronunciarse sobre las demás.

Don Gregorio Mendoza, agricultor, domiciliado en el departamento de Rancagua, entabló demanda ordinaria contra don Vicente 2º Sanfuentes, agricultor, domiciliado en la hacienda de "Machalí" del mismo departamento, para que se declarara que éste debía construir á su costa un acueducto conductor de las aguas con que su propiedad se regaba y que atravesaba por la propiedad del señor Sanfuentes como ocho cuadras antes de llegar á la parte en que deslindan las propiedades de las partes, en la forma y condiciones que ha tenido años atrás, reponiéndose, en consecuencia, las cosas al estado en que antes estaban, le indemnice los perjuicios causados y las costas del juicio.

Expone el demandante que es dueño de un fundo ubicado en la subdelegación de Machalí que deslinda con la hacienda de "Machalí" de propiedad del señor Sanfuentes.

Que su fundo tiene derecho á regarse con aguas que provienen del canal denominado "Carmen" ó canal comunero que fué de los Valenzuela, para cuyo efecto el agua era conducida por un acueducto situado como á ocho cuadras antes de llegar al deslinde de las propiedades.

Que este derecho, reconocido por el mismo señor Sanfuentes, en un juicio seguido ante el mismo juzgado sobre contribución á los gastos de limpias y conservación del canal, lo posee su fundo desde el año 1835; sin embargo, hace algún tiempo el señor Sanfuentes borró el acueducto conductor de las aguas y privó á su propiedad del derecho que le corresponde.

Don Vicente Sanfuentes contesta la demanda y reconviene pidiendo que se niegue lugar á ella y se acepte la reconvención.

Expone: que no es efectivo que el demandante tenga ó haya tenido acueducto que pase ó haya pasado por propiedad de su representado y, en consecuencia, es inexacto que su representado haya tomado tal acueducto.

Que para el caso que se diera lugar á la demanda, reconviene al demandante para que se declare que debe construir sobre el cauce, que en el supuesto hipotético aludido se le ordenare hacer, el número de puentes y canales de material sólido que sean necesarios para la cómoda y expedita administración del predio de su mandante, determinándose este número por el Juzgado, oyendo á peritos.

Don Gregorio Mendoza replicando expone: que no reconoce la obligación que pretende el demandado hacer efectiva al señor Mendoza y que es objeto de su reconvención.

Que suponiendo el caso hipotético de que fueran necesarios puentes y canales sobre el acueducto conductor de las aguas, ellos deben ser hechos por cuenta del demandado, pues habiendo borrado la acequia ha destruido las obras que han debido existir para la cómoda y expedita administración del fundo del señor Sanfuentes.

El demandado en la dúplica se atiene á lo dicho en la constestación á la demanda y en la reconvención, y el demandante duplicando sobre esta última, reproduce todo lo dicho en los escritos de demanda y réplica.

Se recibió la causa á prueba, rindiéndose por las parte la que consta de autos y se citó para sentencia.

El Juzgado de Rancagua, con fecha 11 de diciembre de 1905, resolvió:

Considerando:

1º Que aunque se encuentra justificado en autos que el demandante es comunero del canal denominado "Carmen" y tiene por consiguiente derecho á regar con sus aguas su propiedad, como lo reconoce explícitamente el demandado en el juicio que siguieron ambos, sobre el cual recayó la sentencia de 21 de mayo de 1897 que corre en autos; sin embargo, don Vicente Sanfuentes niega que don Gregorio Mendoza sea dueño del acueducto de que se trata en la demanda, como también que

Ignacio Silva.—Pedro N. Pineda.—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.

Contra esta última resolución, la misma parte de Ramírez dedujo recurso de casación en el fondo, exponiendo, al formalizarlo, que en ella se han infringido los artículos 209, 211, 273 y 350 del Código Civil, por cuanto no puede darse curador al menor que ya lo tiene y en atención á que el reconocimiento de hijo natural debe ser aceptado por el curador general cuando existe, como sucedía en el caso en cuestión, sin que este procedimiento se haya llenado, por lo cual no ha podido poner fin á su curatela. En el escrito en que fundó el recurso, repitió y reforzó lo ya expuesto en el de formalización y respondiendo el procurador de la parte contraria, solicita que se le rechace y dice: la sentencia que nombró á don Benito Bavestrello guardador de su hijo natural don Luis Bavestrello, puso término á la guarda á que éste se hallaba sometido, si alguna existía, de conformidad con lo expuesto en el artículo 368 del Código Civil, y no existe, por consiguiente, la violación del artículo 350 del mismo Código.

Y, si bien el recurrente pretende que dicho reconocimiento no se ha verificado con las solemnidades legales, esto serviría sólo para impugnar dicho reconocimiento, lo que sólo puede hacer el supuesto reconocido y, en el caso del artículo 213, sus descendientes legítimos y en tal evento se restablecería la guarda del recurrente que ya terminó.

Se expidió el dictámen del señor Ministro á quien correspondía informar; y

La Corte falló:

Teniendo presente:

1º Que pendiente el discernimiento del cargo de guardador del menor don Luis Bavestrello, que se hizo á don Juan Enrique Ramírez, dicho menor fué debidamente reconocido como hijo natural por su padre don Benito Bavestrello, y que el reconocimiento fué aceptado con las solemnidades legales por el curador especial que se nombró al efecto, previo el dictámen favorable del respectivo defensor, según aparece de los documentos de este expediente;

2º Que en virtud del reconocimiento á que se refiere el considerando anterior y de haberse deferido al padre la guarda legítima de su hijo natural, quedó sin efecto la designación que se había hecho en don Juan E. Ramírez;

3º Que, según lo dispuesto en el artículo 368 del Código Civil: "Es llamado á la guarda legítima del hijo natural el padre ó madre que primero lo reconozca, y si ambos lo reconocen á un tiempo, el padre.

"Este llamamiento pondrá fin á la guarda en que se halla el hijo que es reconocido como natural."

4º Que, en consecuencia de lo dispuesto en los considerandos precedentes, no existen las infracciones legales en que se apoya el recurso.

Visto, además, lo prescrito en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar al recurso, con costas.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gaete.—*Carlos Varas.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Leoncio Rodríguez.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—20 de noviembre de 1906

Mendoza con Sanfuentes

Casación en la forma.—Ultra-petita.—Acción ordinaria.—Acción posesoria. - Acueducto.—Servidumbre.

DOCTRINA: — *Falla "ultra petita" el Tribunal de Alzada que extiende su resolución á puntos no sometidos á su decisión, estableciendo que lo que resuelve es un interdicto posesorio porque es esa á su juicio la acción deducida en la demanda, siendo que en realidad de los térmi-*

nos claros de ella aparece que la acción deducida es ordinaria, habiéndose seguido la litis por los trámites del juicio ordinario y habiendo dado ese carácter á la acción la sentencia de primera instancia.

Aceptada una causal de casación, es inoficioso pronunciarse sobre las demás.

Don Gregorio Mendoza, agricultor, domiciliado en el departamento de Rancagua, entabló demanda ordinaria contra don Vicente 2º Sanfuentes, agricultor, domiciliado en la hacienda de "Machalí" del mismo departamento, para que se declarara que éste debía construir á su costa un acueducto conductor de las aguas con que su propiedad se regaba y que atravesaba por la propiedad del señor Sanfuentes como ocho cuadras antes de llegar á la parte en que deslindan las propiedades de las partes, en la forma y condiciones que ha tenido años atrás, reponiéndose, en consecuencia, las cosas al estado en que antes estaban, le indemnice los perjuicios causados y las costas del juicio.

Expone el demandante que es dueño de un fundo ubicado en la subdelegación de Machalí que deslinda con la hacienda de "Machalí" de propiedad del señor Sanfuentes.

Que su fundo tiene derecho á regarse con aguas que provienen del canal denominado "Carmen" ó canal comunero que fué de los Valenzuela, para cuyo efecto el agua era conducida por un acueducto situado como á ocho cuadras antes de llegar al deslinde de las propiedades.

Que este derecho, reconocido por el mismo señor Sanfuentes, en un juicio seguido ante el mismo juzgado sobre contribución á los gastos de limpias y conservación del canal, lo posee su fundo desde el año 1835; sin embargo, hace algún tiempo el señor Sanfuentes borró el acueducto conductor de las aguas y privó á su propiedad del derecho que le corresponde.

Don Vicente Sanfuentes contesta la demanda y reconviene pidiendo que se niegue lugar á ella y se acepte la reconvención.

Expone: que no es efectivo que el demandante tenga ó haya tenido acueducto que pase ó haya pasado por propiedad de su representado y, en consecuencia, es inexacto que su representado haya tomado tal acueducto.

Que para el caso que se diera lugar á la demanda, reconviene al demandante para que se declare que debe construir sobre el cauce, que en el supuesto hipotético aludido se le ordenare hacer, el número de puentes y canales de material sólido que sean necesarios para la cómoda y expedita administración del predio de su mandante, determinándose este número por el Juzgado, oyendo á peritos.

Don Gregorio Mendoza replicando expone: que no reconoce la obligación que pretende el demandado hacer efectiva al señor Mendoza y que es objeto de su reconvención.

Que suponiendo el caso hipotético de que fueran necesarios puentes y canales sobre el acueducto conductor de las aguas, ellos deben ser hechos por cuenta del demandado, pues habiendo borrado la acequia ha destruido las obras que han debido existir para la cómoda y expedita administración del fundo del señor Sanfuentes.

El demandado en la dúplica se atiene á lo dicho en la constestación á la demanda y en la reconvención, y el demandante duplicando sobre esta última, reproduce todo lo dicho en los escritos de demanda y réplica.

Se recibió la causa á prueba, rindiéndose por las parte la que consta de autos y se citó para sentencia.

El Juzgado de Rancagua, con fecha 11 de diciembre de 1905, resolvió:

Considerando:

1º Que aunque se encuentra justificado en autos que el demandante es comunero del canal denominado "Carmen" y tiene por consiguiente derecho á regar con sus aguas su propiedad, como lo reconoce explícitamente el demandado en el juicio que siguieron ambos, sobre el cual recayó la sentencia de 21 de mayo de 1897 que corre en autos; sin embargo, don Vicente Sanfuentes niega que don Gregorio Mendoza sea dueño del acueducto de que se trata en la demanda, como también que

lo haya borrado y no se ha justificado en autos por el demandante su dominio á dicho acueducto, ni tampoco que el demandado lo haya borrado.

2º Que la servidumbre de acueducto es continua y aparente, y esta clase de servidumbres sólo se pueden adquirir por títulos ó por prescripción de diez años contados como para la adquisición del dominio, debiendo notarse que para que tenga efecto respecto de terceros la prescripción declarada por sentencia judicial, es menester que esté inscrita en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

4º Que no procediendo en derecho la demanda por las consideraciones anteriormente expuestas y habiéndose deducido la reconvención para el caso que fuera aceptada aquélla, no tiene para qué pronunciarse el Juzgado sobre ésta.

En esta virtud y de acuerdo con lo expuesto en los artículos 882, inciso 2º, 889, 1698, 1713 y 2513 del Código Civil y artículo 388 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar á la demanda interpuesta y se absuelve al demandante de la condenación en costas.—*Soto.*

Apelada esta sentencia, una de las Salas de la Corte de Santiago falló:

Santiago, 15 de octubre de 1906.—Vistos: teniendo presente:

1º Que según consta de autos el demandante perdió la posesión de la acequia á que se refiere en su demanda por haber el demandado tomado posesión del terreno en que había sido construido ejecutando actos de dominio, como ser su destrucción;

2º Que la acción posesoria entablada en la demanda se hallaba extinguida á la fecha de su interposición por haber transcurrido más de un año de la pérdida de la posesión conforme á lo establecido en el artículo 920 del Código Civil;

3º Que ni en la demanda, ni en los demás escritos presentados por el demandante en el curso de la causa, se ha invocado directamente la prescripción como título constitutivo de la servidumbre y, en el supuesto de haberla alegado implícitamente, el demandante carecería de derecho para hacerlo ya que la posesión necesaria para prescribir habría sido interrumpida naturalmente con arreglo á lo prevenido en el artículo 2502 número 2º é inciso final del citado Código sin que hubiera sido recobrada; y, en consecuencia, el demandante á la fecha de la demanda no tenía la posesión indispensable para que se produjera dicha prescripción; y

4º Que las declaraciones prestadas por el demandado en el juicio seguido entre las mismas partes sobre cobro de pesos que se ha traído á la vista, no son suficientes para dar por comprobado que aquel había reconocido la servidumbre de que se trata, puesto que dichas declaraciones se refieren al goce de las aguas del canal "Carmen" y no al de la acequia derivada de éste canal, materia del presente juicio

Se confirma la sentencia apelada de 11 de diciembre último sin costas atendido el mérito de autos.

Redacción del señor Ministro Castillo.—*E. Castillo.—Ricardo Reyes.—J. A. Rojas R. R.*

Don Gregorio Mendoza interpuso recurso de casación en la forma, contra esta sentencia y formalizándolo dice: que el tribunal sentenciador ha incurrido en el vicio de ultra-petita por haber apreciado y resuelto la acción deducida en la demanda como posesoria cuando tiene el carácter de ordinaria, según se comprueba con la simple lectura de la demanda, en la cual se deduce esta última acción, y con los considerandos primeros y segundo de la sentencia recurrida que en forma perentoria plantean la cuestión resuelta por la Corte.

Este vicio es el que señala el Código de Procedimiento Civil en el número 4º del artículo 941, como causal de casación en la forma.

Ha incurrido también el tribunal en el mismo vicio aun poniéndose en el caso de que los considerandos 3º y 4º de la indicada sentencia dieran á entender que juntamente con la acción posesoria se hubiera fallado la de dominio, pues la demanda del recurrente sólo puede tener y en realidad sólo tiene uno de los dos caracteres, esto es, el de dominio; de suerte que una de las dos acciones falladas ha tenido necesariamente que no interponerse y la sentencia que se ha pronunciado sobre las dos ha incurrido con mayor razón en el vicio

de ultra petita, porque habría otorgado más de lo pedido por las partes, extendiéndose á puntos no sometidos á la decisión del tribunal.

La Corte:

Con lo expuesto y considerando:

1º Que de los términos claros consignados en el escrito de demanda aparece que don Gregorio Mendoza ha deducido contra don Vicente 2º Sanfuentes acción ordinaria, como dueño de un acueducto derivado del canal del Carmen cerca de ocho cuadras antes del deslinde de las propiedades del demandante y demandado, para que, en juicio ordinario, según se registra en la parte petitoria de aquel escrito, se declare que éste está bligado á construir á su costa el indicado cauce que, al decir del demandante, fué indebidamente destruido por el demandado, dejándose dicho cauce en la forma y condiciones que tenía desde años atrás;

2º Que también consta de los antecedentes que la litis fué trabada y seguida en la forma que acaba de indicarse, y que la sentencia de primera instancia la resolvió dando á la acción el carácter de ordinaria, tal como se halla caracterizada en la demanda;

3º Que la Corte de Apelaciones en la sentencia recurrida establece de un modo indudable que lo que resuelve en grado de apelación respecto de la sentencia de primera instancia, es un interdicto posesorio que, á su juicio, es el deducido en la demanda agregando sobre este punto textualmente lo que sigue:

Considerando: "2º Que la acción posesoria entablada en la demanda se hallaba extinguida á la fecha de su interposición por haber trascurrido más de un año de la pérdida de la posesión conforme á lo establecido en el artículo 920 del Código Civil;"

4º Que de este modo se halla justificado que el tribunal de la causa en la sentencia recurrida ha extendido su fallo á puntos no sometidos á su decisión y que, por lo tanto, ha incurrido en la causal de casación en la forma que señala el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil; y

5º Que dado lo expuesto, no hay para que considerar el otro fundamento en que se apoya por el recurrente la otra causal de ultra petita; visto además los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la sentencia citada de que se recurre y se repone la causa en el estado de dictarse la sentencia de segunda instancia en grado de apelación.

Devuélvase al recurrente la cantidad consignada

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.—Carlos Varas.*

Cas. en el fondo —14 de mayo de 1907

Fenelón y otros con Fisco

Salitreras. - Mensura. — Pertenencias. - Descubrimiento — Estacado.--Causal de casación. — Reglamento. — Cuestiones no discutidas. — Litis. — Posesión efectiva.

DOCTRINA:—*Según el artículo 45 del Código de Minería de 1874, aplicable al salitre, desde que se registra un descubrimiento cualquiera persona hábil puede solicitar una pertenencia para esplorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicare á continuación de la señalada por el descubridor.*

El artículo 6 del Reglamento de 28 de julio de 1877 que dispone que "registrado un descubrimiento no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya y tomado posesión de ella", no debe tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para de-

rogar la ley y contrariarla en parte sustancial, sino para facilitar su cumplimiento y ejecución, por lo cual es necesario armonizarlo con ella y esa disposición debe entenderse en el único sentido que lógicamente le corresponde de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, debiendo quedar en suspenso los derechos del peticionario de un estacado mientras no se efectúe la mensura del descubrimiento, para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde sin perjudicar el derecho del descubridor.

Las cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y que por primera vez se han suscitado ante el Tribunal de Alzada, no pueden dar fundamento á causales de casación.

Es infundada la causal de casación que se basa en no haberse concedido á los demandantes, herederos del dueño de un pedimento, la posesión efectiva de la herencia de su causante, circunstancia que los inhabilitaría á juicio del recurrente para pedir la mensura de ese pedimento, porque la mensura no es un acto de transferencia de dominio, ni implica de parte de los herederos el disponer de algún modo de la indicada pertenencia, contraviniendo al artículo 688 del Código Civil y porque, además, consta de autos que se concedió á esos herederos dicha posesión efectiva.

———

Don Braulio Martínez L. por doña Elena Fenelón y por don Zacarías Guerra, don Juan de Dios Olivares, don Otto Hübner, don Nazario Guzmán y doña Rosa G. de Guerra, dedujo á nombre de sus poderdantes demanda contra el Fisco, para que se declarase que debía ordenarse la mensura de las pertenencias de salitre, ubicadas en Aguas Blancas, á que se refieren los siete títulos acompañados.

El Promotor Fiscal de Antofagasta, contestando por el Fisco la demanda, pidió se negara lugar á ella por las razones que pasan á enunciarse:

La salitrera cuyo título se registra á fs. no aparece que estuviera situada en Aguas Blancas, pues se refiere á otra cuya ubicación se ignora, descubierta por don Vicente Bañados, y que, como las demás, no ha sido mensurada antes de la vigencia del Código de Minería. Esas salitreras pertenecen al Estado, ya que con la mensura se adquiere la posesión legal y se constituye esta clase de propiedad, de conformidad al artículo 2º del Código citado y artículos 7º, 8º y 9º del Reglamento de 28 de julio de 1877.

El decreto supremo de 28 de mayo de 1881, dictado con el objeto de amparar las salitreras de Aguas Blancas hasta que se construyese el ferrocarril de esa región á Antofagasta, no es aplicable á este caso, por cuanto esas salitreras no han sido mensuradas, requisito necesario para adquirir la posesión legal.

El demandante en la réplica invoca, en cuanto al derecho de mensura que ejercita, las resoluciones dictadas sobre el particular por los tribunales en casos idénticos al presente.

Sostiene que carece de importancia legal la circunstancia de no estar situada en Aguas Blancas la pertenencia á que se refiere el título, porque el decreto de 28 de mayo de 1881 comprende todas las pertenencias que hayan sido descubiertas y no mensuradas en la extensa zona de Antofagasta y Taltal, desde el mar á la cordillera, y no la pequeña faja de terreno de Aguas Blancas indicada por el Promotor Fiscal en la constestación á la demanda.

Evacuando la dúplica, que se limitó á reproducir en defensa de los derechos fiscales lo que ya se había expuesto en la contestación á la demanda, se recibió á prueba la causa y el Juzgado de Antofagasta con fecha 14 de octubre de 1904, falló:

Considerando:

1º Que el Código de Minería que rigió hasta el primero de enero de 1889, disponía que los salitres y demás sustancias de la misma clase que se encontraren en terrenos eriales del Estado y de la Municipalidad, fuesen de explotación común para los particulares, sin perjuicio del derecho del Estado y de las Municipalidades, para concederlas á los particulares, en la extensión y bajo las condiciones que se determinaren en los contratos celebrados especialmente ó que se establecieren en los reglamento que se dictaren al efecto.

2º Que usando de la autorización concedida por el indicado artículo, el Supremo Gobierno dictó el Reglamento de 28 de julio de 1877 en que señaló las condiciones ó reglas para obtener concesiones de terrenos salitreros y borateras sin perjuicio de las disposiciones del Código de Minería, en lo que no estuvieren modificadas por dicho reglamento.

3º Que respecto de las pertenencias á que se refiere este juicio, según se ve en los títulos adjuntos á la demanda, se procedió de conformidad con las disposiciones del Código de Minería vigente entonces y del indicado Supremo decreto, adquiriéndose así un derecho jurídico hasta que por la mensura se constituyera el título definitivo.

4º Que es verdad que el actual Código de Minería en su artículo 2º dispone que el Estado se reserva la explotación de nitratos y sales amoniacales análogas que se encuentren en terrenos del Estado ó de las Municipalidades, empero, á continuación y de acuerdo con el principio sentado en el artículo 9º del Cónigo Civil, se agrega que se exceptúan los depósitos sobre los que por leyes anteriores se hubiere constituido propiedad minera, y ya se ha dejado establecido en el considerando anterior que respecto de las pertenencias de que se trata en este juicio, se había adquirido un derecho efectivo.

5º Que los demandantes, no han perdido la propiedad minera, constituida con arreglo al artículo 149 del Código de Minería de 18 de noviembre de 1874, por despueble ó abandono.

Por tales consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 35, 38 y 149 del Código de Minería de 1874 y artículo 1698 del Código Civil, se declara que ha lugar á la demanda. - *B. Urzúa T.*

Apelada esta resolución y expresando agravios el Director del Tesoro, pidió que se revocara la sentencia negándose lugar á la demanda, y en subsidio que se declarase que no debía mensurarse la pertenencia de doña Elena Fenelón á que se refiere el título número 84, por no estar medida la descubridora en conformidad á lo dispuesto en el artículo 6º del decreto de 28 de julio de 1887, antes de otorgarse la concesión.

Pedía asimismo en subsidio la declaracion de que no debía mensurarse la pertenencia solicitada á nombre de doña María Beaux, á que se refiere el pedimento número 77, porque fué vendido á don Otto Hübner y la escritura de venta no aparece inscrita en el Registro del Conservador de Minas. El comprador Hübner no adquirió legalmente la posesión de la pertenencia vendida ni pudo verificarse la tradición en conformidad á los artículos 149, 150 y 151 del Código de Minería de 1874, prescripción que establece también el actual Código en sus artículos 81 y 83.

Evacuado el escrito de respuesta á la expresión de agravios, en el cual solicita el demandante que se confirme la sentencia apelada, se pronunció por una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago la siguiente sentencia:

Santiago, 21 de agosto de 1905.—Vistos: Teniendo presente, respecto de las objeciones formuladas por el representante del Fisco en esta instancia, en su escrito de expresión de agravios:

1º Que la pertenencia concedida á doña Elena Fenelón por decreto de la autoridad administrativa correspondiente, se registró en la Notaría de Copiapó con fecha 6 de febrero de 1880;

2º Que según lo preceptuado en el artículo 149 del Código de Minería de 1874, vigente á la fecha de ese pedimento, la posesión originaria de las minas se adquiría por el registro legalmente verificado, y desde que éste tenía lugar la mina registrada quedaba sujeta á las prescripciones que rigen la propiedad inscrita;

3º Que la circunstancia de no haberse mensurado la descubridora á la fecha en que fué concedida esa pertenencia que se solicitó á sus inmediaciones, no importa la pérdida del derecho del concesionario para mensurarla, una vez ubicada aquella, por cuanto la prescripción del artículo 6º del Reglamento de 28 de julio de 1877 no ha podido tener el alcance de producir por este solo hecho la caducidad de los pedimentos ya inscritos, lo cual sería contrario á los términos expresos de la ley, sino simplemente el de establecer la regla de que no podrían ubicarse los estacados antes de que los descubridores situaran sus propiedades en el terreno; y

4º Que la escritura pública es título bastante para perseguir la acción intentada en la demanda.

Por estos fundamentos, se confirma la sentencia apelada de fecha 14 de octubre del año próximo pasado. El señor Ministro Larraín Zañartu opinó que debía revocarse la sentencia en cuanto dá lugar á la mensura de la pertenencia cuyo título aparece á fs. 2 por no constar en autos que á la fecha de la demanda estuviera mensurada la descubridora y obstar por consiguiente, á lo pedido, lo dispuesto terminantemente por el artículo 6º del Reglamento de 28 de julio de 1877.

El mismo opinó también que debía revocarse la sentencia en cuanto da lugar á la mensura de la pertenencia pedida á nombre de doña María Beaux á que se refiere el pedimento número 77 por no aparecer inscrita su venta á don Otto Hübner en el registro respectivo y no tener así éste posesión legal de la pertenencia, lo cual lo inhabilita para solicitar su mensura en conformidad á lo prevenido en los artículos 149, 150 y 151 del Código de Minería de 1874, vigente á la fecha del pedimento.

Redactada por el señor Ministro Benavente.—*L. R. Mora.—J. Ignacio Larrain Z.—Darío Benavente.*

Contra esta resolución dedujo el Director del Tesoro á nombre del Fisco, el recurso de casación en el fondo y formalizándolo dice:

1º El fallo da lugar á la mensura de la pertenencia n.º 84 solicitada por doña Elena Fenelón, relativa á una descubridora no mensurada á la fecha del pedimento. Se han infringido así los artículos 6º del Reglamento de 28 de julio de 1877, 3º del Código de Minería 1874, 10 del Código Civil y 151 de la Constitución del Estado;

2º La sentencia da lugar á la mensura de la pertenencia número 77 pedida á nombre de doña María Beaux, y á la número 29 pedida á nombre de don Nazario González, agregada por equivocación á este expediente, según se expresa en el escrito. Las escrituras de compra de derecho á este pedimento no se han inscrito en el respectivo Conservador; de modo que al ordenar su mensura se han infringido los artículos 149, 150 y 151 del Código de Minería de 1874, artículos 81 y 83 del Código de Minas vigente, artículos 582, 588, 670, 686, 1567 y 1568 del Código Civil.

3º Se ha ordenado en el fallo la mensura de la pertenencia número 43 de doña Rosa G. Guerra á favor de los que se presentan como sus herederos, apesar de no haberse exhibido la posesión efectiva de la herencia y de no hallarse ésta inscrita en el Conservador. Se han infringido las disposiciones legales citadas, y ademas el artículo 687 del Código Civil.

La parte recurrida sostiene en el escrito de respuesta al de fundación del recurso, que la disposición del artículo 6º del Reglamento de 1877 se refería al Intendente de la provincia, y este funcionario era el que debía resolver si se podía ordenar el registro de una estaca de descubridora no mensurada. El Intendente de Copiapó interpretó el artículo 6º del Reglamento de un modo invariable, mandando registrar miles de estacas sin estar mensuradas las descubridoras.

Ademas, el Tribunal no ha podido infringir el artículo 10 del Código Civil porque no se ha discutido la aplicación de esa disposición legal, ni se ha tratado en el juicio del valor de un pedimento hecho antes de mensurarse la descubridora. La cuestión que se presentó al Tribunal fué muy distinta.

En cuanto á la pertenencia número 77, doña María Beaux tenía posesión inscrita y al vender sus derechos á Hübner le ha transferido el de solicitar la mensuar. Por lo demás, cuan-

do se dictó la sentencia impugnada ya Hübner había inscrito su título de compra, como lo manifiesta el certificado. Lo mismo puede decirse de la pertenencia de Nazario Guzmán. En lo concerniente á la pertenencia número 43 de doña Rosa G. de Guerra, la observación del recurrente es infundada, pues se registra el auto que concedió la posesión efectiva á los herederos de dicha señora. Como se sabe, la posesión efectiva la exige la ley para que el heredero pueda disponer de un inmueble, y no para pedir la mensura de una mina.

Previo informe de uno de los Ministros del Tribunal.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que el reglamento de 28 de julio de 1877, dictado por el Supremo Gobierno, no tuvo más objeto que determinar las reglas bajo las cuales debía concederse á los particulares la explotación de los depósitos de salitre y boratos que existían en los terrenos eriales del Estado, con motivo de los recientes é importantes descubrimientos efectuados por aquella época en la provincia de Atacama; y, por consiguiente, no puede establecerse que la ley hubiera autorizado al Presidente de la República para alterar radicalmente, ejercitando la facultad de dictar un reglamento, las bases esenciales sobre que descansa la constitución de la propiedad minera en cuanto á los yacimientos de salitre; y, por el contrario, el artículo 2º del citado reglamento dispuso que esos depósitos serían denunciables ante el Intendente de la provincia, y que su registro, posesión y propiedad se regirían por las disposiciones del Código de Minería;

2º Que según el artículo 45 del Código que acaba de citarse aplicable también á los peticionarios de salitre, desde que se registrara un descubrimiento, cualquiera persona hábil podía solicitar una pertenencia para explorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicara á continuación de la señalada por el descubridor, sin que otro alguno pudiera practicar trabajos y adquirir derechos de descubridor en el terreno de esa pertenencia, y la solicitud debía inscribirse en el registro de la misma manera que la de manifestación de descubrimiento;

3º Que como lo demuestra la disposición indicada, la única condición establecida por la ley para solicitar una pertenencia á continuación de un descubrimiento era la de que éste hubiera sido registrado y no la de que se hubiese efectuado la mensura del expresado descubrimiento;

4º Que si bien el artículo 6º del reglamento de 1877 prescribió que "registrado un descubrimiento, no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya y tomado posesión de ella", no obstante esto las expresiones de que se vale esa disposición reglamentaria no deben tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para derogar la ley y pugnar con ella en su parte sustancial, sino para facilitar su cumplimiento y ejecución; por lo cual es necesario dar á la disposición indicada del reglamento la inteligencia que mejor cuadre con la correlativa de la ley, de modo que haya entre ambas la debida correspondencia y armonía, conforme al precepto del artículo 22 del Código Civil;

5º Que del contexto de ambas disposiciones y de lo expuesto anteriormente se deduce que el único sentido que lógicamente corresponde al artículo 6º del reglamento es el de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, y que lo que ha querido la disposición reglamentaria es que los derechos del peticionario de un estacado queden en suspenso miéntras no se efectúe sobre el terreno la operación de mensura del descubrimiento para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde, sin perjudicar ó menoscabar los del descubridor y conciliando así el interés de éste con el del solicitante de estacado;

6º Que es indudable que así también lo entendió el Intendente de Atacama al otorgar á doña Elena Fenelón la concesión de la pertenencia número 84 en 6 de febrero de 1880 ordenando el registro respectivo pedimento para los efectos de lo dispuesto en el artículo

6º del reglamento de 1877 por referirse á descubridora de salitre no mensurada;

7º Que, en consecuencia al confirmar el Tribunal de Alzada la sentencia de primera instancia que ordena la mensura de la pertenencia número 84 de doña Elena Fenelón, no ha infringido las diversas disposiciones legales que con respecto á este punto del fallo se citan por el recurrente; y por el contrario, ha dado al artículo 6º del decreto de 25 de julio de 1877 una interpretación correcta y en armonía con las reglas sentadas en el título V del Código de Minería de 1874;

8º Que la objeción deducida sólo ante el Tribunal de Alzada contra el título de compra de don Otto Hübner á doña María Beaux, y relativa á la pertenencia número 77, de no estar inscrita en el registro de descubrimientos, no fué materia del juicio en primera instancia, no recayó controversia oportuna acerca de la exactitud de este punto que es de mero hecho; ni ha podido ser por consiguiente objeto de la prueba rendida por las partes, ni lo fué tampoco de la sentencia de primera instancia; por lo cual no sería lícito aceptar una causal de casación basada en un hecho que la sentencia recurrida no ha establecido en forma alguna, ya que en el considerando 4º se limitó á expresar el concepto jurídico de que era suficiente el título presentado por Hübner para los fines de la demanda, estuviera ó no inscrito;

9º Que la mensura de la pertenencia número 129 fué solicitada por don Braulio Martínez en representación, entre otras personas, de don Nazario Guzmán; según consta en la demanda, á nombre de quién también se ha seguido este juicio hasta la sentencia definitiva;

10. Que es infundada la causal de casación que se hace valer en el punto tercero del escrito en que se formaliza el recurso y que consiste en no haberse concedido á los herederos de doña Rosa G. de Guerra la posesión efectiva de la herencia y encontrarse éstos inhabilitados por tal motivo para solicitar la mensura de la pertenencia número 43, porque la mensura no es un acto de transferencia de dominio ni por haberla solicitado los herederos puede entenderse que tratan de disponer de algún modo de la indicada pertenencia contraviniendo á lo prescrito en el artículo 688 del Código Civil y porque, además, consta de autos que se concedió á los herederos la posesión efectiva de la herencia de dicha señora.

Se declara, en consecuencia, sin lugar el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Director del Tesoro á nombre del Fisco.

Redacción del Ministro señor Bernales.

Acordada por unanimidad previniéndose que el Ministro señor Fóster Recabarren acepta sólo los tres últimos considerandos de esta sentencia y que los restantes los reemplaza por los que consigna á continuación:

1º Que aun cuando, con arreglo á la nomenclatura del artículo 1º del Código de Minería los salitres no son objeto de las disposiciones de ese Código, sin embargo, en el artículo 3º del mismo cuerpo de leyes se autorizó al Estado y á las Municipalidades para conceder á los particulares los salitres que se encontraren en terrenos eriales de su pertenencia, en la "extensión y bajo las condiciones que se determinen en contratos que se celebren especialmente, ó que se establezcan en los reglamentos que se dicten al efecto".

2º Que fundado el presente recurso, entre otras causales, en la infracción del artículo 6º del Reglamento de 28 de julio de 1877, no se ha infringido la ley por sólo el hecho de haberse aceptado á registrar el pedimento de doña Elena Fenelón antes de haberse mensurado la descubridora respectiva, como lo demuestra el tenor general y el espíritu del referido Reglamento.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—18 de mayo de 1907

Moreno con Sucesión Vilugrón

Casación en la forma.—Ultra petita. — Juicio ejecutivo. — Excepciones. — Personería. — Considerandos.— Sentencia; parte dispositiva.

DOCTRINA:—*Falla ultra petita la sentencia del Tribunal de Alzada que rechaza la acción ejecutiva en virtud de la escepción de falta de personería fundada en ciertos hechos y antecedentes jurídicos no discutidos ni propuestos en el juicio, siendo que la excepción de falta de personería opuesta por el ejecutado se fundaba en hechos y antecedentes diversos.*

La enumeración taxativa consignada en el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, de las distintas excepciones que pueden oponerse en un juicio ejecutivo, es meramente genérica ó fundamental y no singulariza ni determina los casos especiales que pueden hallarse comprendidos en cada uno de los diversos números que la componen.

Para suplir esta indeterminación de la ley exige el artículo 485 del mismo Código que al formalizar las excepciones se expresen con claridad y precisión no sólo los hechos ó circunstancias particulares que les sirven de fundamento sino también los medios de prueba de que el deudor intente valerse para acreditarlas.

Cuando esos hechos ó circunstancias son de distinta índole y se fundan en antecedentes jurídicos diversos, cada uno de ellos constituye en derecho una excepción distinta, aun cuando se encuentren comprendidos en el mismo número de la clasificación genérica del artículo 485.

La circunstancia de referirse el vicio en que se funda el recurso á los términos en que aparecen redactados los considerandos del fallo recurrido, y la de que el tribunal sentenciador se haya limitado en la parte dispositiva de dicha resolución á declarar admitida la excepción de falta de personería, no modifica el aspecto jurídico de la cuestión, por cuanto esos considerandos son en este caso parte integrante y sustancial de lo dispositivo del fallo, ya que sin ellos no tendría éste existencia ni significado alguno legal.

Por escritura de 12 de enero de 1902, ante el notario público de Cañete don Rosamel Aguayo se celebró un contrato, llamado de cesión, entre don Cesáreo Vilugrón, don Marcelino Dañino por doña Dorila Vilugrón, don Guillermo Hurtado Vilugrón, y don Adolfo Quiroga en representación de doña Juana de Dios Vilugrón de Hurtado por una parte; y don Luis Abraham Moreno en representación de sus hermanos Manuel Antonio, Juan José, Ana Luisa y Laura Moreno, y don Francisco Santa María por los menores Carmela, Miguel Luis é Ismael Aristídes Moreno y Vilugrón por la otra, contrato cuyas cláusulas dicen lo que sigue:

"1º Don Luis Abraham Moreno viene en renunciar á nombre de sus representados cualquier derecho que pudieran tener en la herencia intestada de don José Antonio Hernández Vilugrón en representación de su finada madre doña Carmela Vilugrón de Moreno, y al efecto reconocían en posesión efectiva y material de la herencia, á don Cesáreo Vilugrón, doña Dorila y doña Juana de Dios Vilugrón y suspendían y dejaban sin efecto cualquiera presentación judicial que hubieren hecho para obtener la herencia. El señor don Francisco Santa María en representación de sus representados, se adhiere á la cláusula que precede;

"2º Los señores Cesáreo Vilugrón, Guillermo Hurtado, Adolfo Quiroz y Marcelino Da-

ñino expresan que ellos ningún derecho han conocido ni reconocen á los señores Moreno Vilugrón en la sucesión intestada de don José Antonio Hernández Vilugrón, pero que vienen en ceder de estos bienes voluntariamente en favor de las señoritas Ana Luisa, Laura, Carmela é Ismael Aristídes Moreno Vilugrón la cantidad de $ 7.000 que repartirán por iguales partes entre los cuatro ya nombrados. Entendiéndose que los $ 7.000 es la única suma que entre los cedentes darán en la forma que lo expresa la cláusula 6ª de la presente escritura;

"3º Convienen los comparecientes señores Vilugrón, Dañino, Hurtado y Quiroz en pagar los $ 7.000 acordados en siete meses plazo desde la fecha de la presente escritura y á su vencimiento entregarán la referida suma á los cedentes en la ciudad de Concepción á don Luis Abraham Moreno ó á la persona que éste designe por escritura pública, dentro de los miembros de la familia Moreno;

Si en ese plazo indicado no se efectuase el pago, se procederá ejecutivamente en la forma expresada en el artículo 6º

"4º Los declarantes expresan que esta escritura quedará sin efecto alguno en el caso que cualquiera de los hijos de doña Carmen Vilugrón y de don José María Moreno entablen gestiones en el sentido de poner en duda los derechos de los cedentes ó pretender derechos en la sucesión intestada de don José Antonio Hernández Vilugrón;

"5º En caso de presentarse alguien reclamando derechos á la herencia de don José Antonio Hernández antes ó después del vencimiento del plazo para el pago de los $ 7.000, los cesionarios tendrán siempre derecho á percibir la cantidad expresada, rindiendo fianza suficiente de restituir lo perdido si se declarase por resolución judicial definitiva que el que se presente haciendo el reclamo, tiene mejor derecho que los parecientes á la herencia nombrada;

"6º Al pago de la suma de $ 7.000 que los parecientes ceden á las personas nombradas deben concurrir por terceras partes entre los [illegible], pero si alguno faltare á su obligación contraída en la presente escritura, se entenderán solidariamente obligados á su cumplimiento total, presentando en garantía de los $ 7.000 acordados y en hipoteca el fundo «Las Mercedes» de la sucesión intestada de don José Antonio Hernández Vilugrón y coherederos de dicha sucesión ubicado en el departamento de Rere, subdelegación de Talcamávida y Quilacoya."

Al pié del mismo contrato figura un recibo del cual consta que en Concepción, á 13 de noviembre de 1902, don Luis Abraham Moreno recibió del compromisario que entendía en la partición de los bienes dejados por don José Antonio Hernández la cantidad de $ 2.000, á cuenta del crédito anterior.

Y como posteriormente no se hubiese cubierto por los contratantes obligados el resto de la suma de cuyo pago se hicieron solidariamente responsables, inició don José María Moreno, en representación de su hijo don Luis Abraham Moreno, contra doña Clotilde de Lagardía de Vilugrón, curadora de sus menores hijos Julio César, Clotilde y Josefina Vilugrón, sucesores de su finado padre don César Vilugrón, demanda ejecutiva para obtener por esa vía el pago de los $ 5.000 que aún no se habían entregado al ejecutante.

Los ejecutados se opusieron á la demanda con las excepciones expresadas en los números 2º, 4º y 7º del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil y sentaron como antecedente jurídico de esa oposición las siguientes premisas:

"1ª Si tal como está otorgada la escritura ó título ejecutivo, por sí sola, sin ningún otro requisito ó formalidad que tienda á perfeccionarla, puede dar margen á un procedimiento ejecutivo; es decir, si resulta de ella una obligación exigible;

"2ª Si dado que fuera exigible, es llegado el caso contemplado en la parte final de la cláusula 6ª;

"3ª Si se han llenado los requisitos que exigen las leyes, sea para ejercitar la acción ejecutiva, sea en el ejercicio de ella misma; y

"4ª Si el que se presenta ejercitando la acción tiene personería ó representación suficiente.

Y después de estudiar separadamente cada una de esas premisas y de contestar en forma

negativa á todas ellas, arribaron á la siguiente textual conclusión:

"En conclusión tenemos: 1º Que se trata del cumplimiento de una donación, de más de $ 2.000 que no se ha insinuado, requisito exigido por el artículo 1416 del Código Civil."

"2º Que la donación es condicional y que la condición no se ha cumplido. Requisito exigido por el contrato, que es una ley para los contratantes. Artículo 1545 del mismo Código;

"3º Que la donación no se ha aceptado. El artículo 1386 del mismo Código lo exige;

"4º Que no ha llegado el caso de exijir solidariamente la obligación. Requisito del número 2º

"5º Que la notificación judicial del título no se ha hecho en forma á los herederos. Requisito de los artículos 411 y 1377 del Código Civil y 41 del de Procedimiento Civil;

"6º Que la demanda no contiene todas las indicaciones que según el artículo 257 del Código de Procedimiento Civil debe contener; y

"7º Que el ocurrente carece de personería ó de representación.

"Obsta pues, á la marcha de la ejecución la falta de requisitos ó condiciones absolutas y relativas establecidas por las leyes para que la escritura tenga fuerza ejecutiva, la ineptitud del libelo y la falta de personería, y por tanto, á V. S. suplico que se sirva tener por opuestas las excepciones indicadas en los números 2º, 4º y 7º del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, y en definitiva aceptarlas, absolviendo de la ejecución á la sucesión de don Belisario Vilugrón, con costas."

Los fundamentos de la excepción de falta de personería, ó sea de la cuarta de las premisas del libelo los hizo consistir la sucesión ejecutada textualmente en lo que sigue:

"Por último, V. S., como he dicho más atrás, por el hecho de no haberse ratificado el contrato que consta de la escritura y de no haberse aceptado la donación por el donatario, don Luis A. Moreno no tiene personería suficiente para representar en esta causa á los señores Ana L., Laura, Carmela é Ismael Moreno."

El ejecutante contestó respecto á la falta de personería que ella consta de la misma escritura en la que se diputó á don Lino Abraham Moreno para percibir y en cuanto á la falta de requisitos externos é internos de la demanda y el título, que sobre ese particular hay cosa juzgada desde que la Iltma. Corte ordenó despachar el mandamiento.

El Juzgado de Concepción, con fecha 16 de agosto de 1905 resolvió:

Por lo relacionado y constando de autos la verdad de las aseveraciones hechas por el ejecutante al contestar las excepciones; se declaran estas inadmisibles, conforme á lo dispuesto en el artículo 487 del Código de Procedimiento y que debe irse adelante con la ejecución con costas.

El ejecutante es comerciante, domiciliado en este departamento y la ejecutada sin profesión, ni oficio, del departamento de Rere. —*I. Salas.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Concepción, 3 de septiembre de 1906.—Aceptando la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo presente:

Que en la escritura otorgada en Cañete con fecha 2 de enero de 1902, y cualquiera que sea la denominación que se le aplique, se contiene una renuncia de derechos hereditarios correspondientes á los menores hijos de don José María Moreno, don Ismael y doña Carmela Moreno Vilugrón, la cual renuncia no ha podido hacerse sin las prácticas previas de ciertos requisitos ordenados por la ley; á lo que se agrega que el poder dado á don José María Moreno en representación de sus referidas hijas menores, á don Francisco Santa María vecino de Yumbel, estaba destinado precisamente á aceptar la herencia dejada por don José Antonio Hernández Vilugrón y pedir la posesión efectiva y material de ella, etc., y no renunciar esos derechos.

Que de lo expuesto anteriormente se deduce que don Luis Abraham Moreno, que ha obrado en este juicio á virtud de todos los antecedentes en él acumulados y que arrancan del contrato referido más arriba, ha carecido de personería suficiente para seguir este juicio; y procede, en consecuencia, la excepción del número 2 del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil.

Que aceptada la escepción de falta de personería es inoficioso un pronunciamiento acerca de las demás excepciones alegadas, ya que ellas no habrían sido discutidas con legítimo contradictor.

Y de conformidad con lo prescrito en los artículos 400 del Código Civil y 485 número 2 y 492 del de Procedimiento Civil, se rerevoca la referida sentencia del 16 de agosto del año último, y se declara admitida la excepción de falta de personería y que el ejecutado queda absuelto de la ejecución, con costas en que se condena al ejecutante.

Redactada por el Ministro señor Fuentes R. — *Exequiel Figueroa.—E. Fuentes. — Ramón Navarro.*

Contra esta sentencia interpuso el procurador del ejecutante recurso de casación en la forma y al efecto dice en el escrito en que lo formaliza:

"Fundo este recurso en la causal contemplada en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, pues la sentencia de V. S. Iltma. ha sido dada "ultra petita" esto es otorgando más de lo pedido por la parte ejecutada ó extendiéndola á puntos no sometidos á la decisión del Tribunal.

"En efecto, requerida de pago la parte ejecutada, opuso entre otras excepciones la del número 2º del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil sin indicar con claridad y presisión, tal como lo ordena el artículo 486 del mismo Código, en qué fundaba esa excepción, esto es, si era por falta de capacidad del demandante, de personería ó falta de representación legal, circunstancias las tres que pueden constituir la excepción 2ª del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil.

"En el cuerpo de su escrito la parte ejecutada dice refiriéndose á esa excepción, lo siguiente y que son los únicos párrafos de su escrito en que trata de esa cuestión:

"No estando ratificada la renuncia consignada en la cláusula primera de la escritura mencionada por las señoritas Ana Luisa, Laura y Carmela Moreno y por don Ismael Moreno, éstas no han aceptado la donación que se les hace en dicha escritura, requisito indispensable para que produzca efectos una donación entre vivos en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1386 del Código Civil, así como tampoco han autorizado á don Luis A. Moreno para que cobre y perciba lo donado."

"Más adelante agrega ... 7º ... Que el ocurrente carece de personería ó representación."

"Como se ve la parte ejecutada ha sostenido que la falta de personería ó mejor dicho la excepción 2ª del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil que ha deducido, la funda en que se trata de una donación y esa donación no ha sido aceptada.

"Ahora bien ¿ha fallado V. S. Iltma. esa excepción en los términos en que fué planteada? La mejor respuesta será reproducir el considerando de la sentencia de V. S. Iltma. que ha servido de fundamento á su resolución. Dice ese considerando:

"Que en la escritura otorgada en Cañete con fecha de 2 de enero de 1902 y cualquiera que sea la denominación que se le aplique, se contiene una renuncia de derechos hereditarios correspondientes, á los menores hijos de don José María Moreno, don Ismael y doña Carmela Moreno Vilugrón, la cual renuncia no ha podido hacerse sin la práctica previa de ciertos requisitos ordenados por la ley; á lo que se agrega que el poder dado por don José María Moreno en representación de sus referidos hijos menores, á don Francisco Santa María, vecino de Yumbel, estaba destinado precisamente á aceptar la herencia dejada por don José Antonio Hernández Vilugrón y pedir la posesión efectiva y material de ella, etc., y no á renunciar esos derechos."

"En el considerando trascrito V. S. Iltma. hace dos declaraciones muy importantes que ninguna relación tienen con la falta de aceptación de donación de que ha hablado la parte ejecutada. Esas declaraciones son que la renuncia de los derechos hereditarios de los menores hijos de don José María Moreno ha sido hecha sin la práctica previa de ciertos requisitos ordenados por la ley, y que el poder dado á don Francisco Santa María no lo autorizaba para hacer la renuncia que hizo, y por consiguiente esa renuncia no ha producido efecto alguno.

"No ha fallado pues V. S. Iltma. la cuestión sometida á su decisión y ha declarado que una renuncia de derechos hereditarios no ha sido hecha en conformidad á la ley y hecha esa renuncia por persona que no tenía poder suficiente para ello."

La Corte:

Considerando:

1º Que la enumeración taxativa consignada en el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, de las distintas excepciones que pueden oponerse en un juicio ejecutivo, es meramente jenérica ó fundamental, y no singulariza ni determina los casos especiales que pueden hallarse comprendidos en cada uno de los diversos números ó capítulos que la componen;

2º Que para suplir esta indeterminación de la ley, y siendo, por otra parte, necesario que los juicios versen sobre cosa cierta y determinada, el legislador impuso á los interesados mismos el deber de manifestar en cada caso las circunstancias que caracterizaran ó individualizaran su escepción y prescribió al efecto en el artículo 486 del Código más arriba citado, que en el escrito en que se formalizaran las excepciones opuestas en una demanda ejecutiva, se expresaran con claridad y precisión no sólo los hechos ó circunstancias particulares que le servían de fundamento, sino también los medios de prueba de que el deudor intentare valerse para acreditarlas;

3º Que lo anterior demuestra con evidencia que cuando esos hechos ó circunstancias son de distinta índole y se fundan en antecedentes jurídicos diversos, cada una de ellos constituye en derecho una excepción también distinta, aun cuando se encuentren comprendidos en el mismo número ó capítulo de la clasificación jenérica del artículo 485;

4º Que llenado el requisito de que se habla en el considerando 2º mediante la determinación circunstanciada con que el ejecutado debe individualizar cada una de sus excepciones, queda trabada la litis en el juicio ejecutivo, sin que sea ya posible al deudor ni aun dentro de la misma calificación legal, cambiar los motivos ó fundamentos de dichas excepciones ni rendir prueba sobre hechos ó antecedentes distintos de los alegados en el escrito en que aquéllos se opusieron;

5º Que al mismo principio jurídico están sujetos los jueces de la causa, ya que sobre ellos pesa el deber primordial de ajustar sus fallos al mérito del proceso, sin que les sea lícito extenderlos á otras acciones ó excepciones distintas de las alegadas por las partes, salvo en los casos en que las leyes manden ó permitan á los tribunales proceder de oficio;

6º Que en la demanda ejecutiva á que se refiere el presente recurso los deudores opusieron, entre otras excepciones, la de falta de personería de don Luis Abraham Moreno para representar en la causa á doña Ana Luisa, doña Laura, doña Carmela y don Ismael Moreno y la fundaron únicamente en el hecho de no haberse ratificado el contrato que consta de la escritura y en el de no haberse aceptado la donación por el donatario;

7º Que singularizada así las excepción de que se trata, no ha podido ser cambiada ni modificada durante el juicio; y sin embargo la Corte de Apelaciones de Concepción, en vez de pronunciarse sobre los hechos que la constituían, falló otra excepción distinta, si bien llamada tambiénde falta de personería, y fundada: 1º En que la escritura contenía una renuncia de derechos hereditarios correspondientes á los menores hijos de don José María Moreno, don Ismael y doña Manuela Moreno, la cual renuncia no había podido hacerse sin la práctica previa de ciertos requisitos ordenados por la ley, ó sea por el artículo 400 del Código Civil, citado por los jueces, que requiere el decreto judicial para proceder á transacciones ó compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en más de $ 1.000 y sobre sus bienes raíces y que exige además que la transacción ó el fallo del compromisario se sometan á la aprobación judicial, so pena de nulidad; 2º En que el poder dado por don José María Moreno en representación de sus referidos hijos menores á don Francisco Santa María estaba destinado precisamente á aceptar la herencia dejada por don José Antonio Hernández Vilugrón y á pedir la posesión efectiva y material de ella, y no á renunciar esos derechos; y 3º En que de

lo expuesto anteriormente se deducía que don Luis Abraham Moreno, que había obrado en el juicio á virtud de los antecedentes en él acumulados, había carecido de personería suficiente para seguirlo;

8º Que procediendo en esa forma la Sala sentenciadora otorgó más de lo pedido por las partes y extendió su fallo á puntos no sometidos á su decisión, sin estar autorizada por la ley para proceder de oficio, incurriendo así en el vicio de *ultra-petita*, que la ley sanciona con la nulidad de la sentencia dictada; sanción, por otra parte, perfectamente justa, ya que no habiendo sido propuesta ni discutida durante el juicio la excepción fallada por los jueces del fondo, obraron éstos sin jurisdicción alguna y quedó además el ejecutante imposibilitado para defenderse, alegando las razones que á su derecho competieran ó rindiendo las probanzas del caso sobre los hechos que le servían de fundamento; y

9º Que la circunstancia de referirse el vicio ó defecto en que se funda el recurso á los términos en que aparecen redactados los considerandos del fallo recurrido, y la de que el tribunal sentenciador se haya limitado en la parte dispositiva de dicha resolución á declarar admitida la excepción de falta de personería, no modifican el aspecto jurídico de la cuestión; por cuanto esos considerandos son en el presente caso parte integrante y sustancial de lo dispositivo del fallo, ya que sin ellos no tendría éste existencia ni significado alguno legal.

Por tales fundamentos y visto además lo prevenido en los artículos 937, 941, número 4º y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de forma interpuesto.

Invalídase, por tanto, la sentencia de 3 de septiembre último, á que dicho recurso se refiere, y se repone el proceso al estado de dictarse nuevamente por el Tribunal de Alzada que corresponda, la sentencia que en derecho proceda.

Devuélvase á la parte la suma consignada.

Acordada contra el voto del señor Ministro Gaete, quien, teniendo presente que la sentencia recurrida se ha limitado á hacer lugar á una de las excepciones opuestas á la demanda, cual es la de falta de personería del demandante, y que el fundamento en virtud del cual se acepta dicha excepción atendidos sus términos generales está, á su juicio, relacionado con los razonamientos en que la parte misma la apoyó, fué de opinión que se rechazara el recurso.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren. — *Galvarino Gallardo.* — *Gabriel Gaete.*—*E. Fóster Recabarren*—*E. Donoso V.*

Cas. en el fondo.—30 de noviembre de 1906

Fisco con Hesselbart

Casación en la forma. — Aduana. — Ajente de Aduana. — Defraudación: estafa. — Contrabando. — Ordenanza de Aduana. — Derechos de internación. — Multa. — Moneda corriente: pago en oro. — Apreciación de los hechos; facultad privativa del Tribunal sentenciador. — Presunciones.

DOCTRINA:—*Debe anularse la sentencia que, al fijar la pena que debe imponerse por una defraudación de derechos de aduana, ordena pagar en pesos de cuarenta y ocho peniques el veinticinco por ciento de los derechos de internación que correspondía pagar en oro, dando así á la libra esterlina el valor de cinco pesos, é infringiendo lo dispuesto en los artículos 9 de la ley de 26 de noviembre de 1892 y 5º y 8º de la de 21 de mayo de 1893, que disponen que el 25% de los derechos de internación deben pagarse en libras esterlinas á razón de seis pesos treinta y un centavos por cada libra, ó en moneda chilena de oro de valor equivalente.*

Cuando la Corte Suprema invalida

una sentencia por casación en el fondo, debe dictar sobre la cuestión materia del juicio, la sentencia que crea conforme á la ley y al mérito de los hechos, tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido.

Si de los hechos establecidos en el fallo recurrido, según la apreciación que de ellos hace el tribunal sentenciador, á quien corresponde la facultad privativa de apreciar su mérito probatorio, se desprenden presunciones graves, precisas y concordantes para atribuir á una persona determinada la defraudación cometida, esta apreciación debe ser aceptada como inamovible por el tribunal de casación.

Extraídas ciertas mercaderías de los almacenes de Aduana, por un agente de la misma Aduana, sin pagar los derechos de internación, después de haber sido desembarcadas y depositadas en los almacenes, llenándose en el desembarco y depósito todas las formalidades prescritas por las leyes ó reglamentos aduaneros para su internación en el país, el delito cometido no es el previsto en los artículos 84 número 11 y 89 número 20 de la Ordenanza de Aduanas, que castigan el conato de defraudación y el contrabando, sino el comprendido en el artículo 89 número 18 de la misma Ordenanza, que pena al agente de Aduana que defrauda los derechos de internación con una multa igual al duplo del valor que intentó defraudar.

El valor de esa multa puede determinarse en moneda corriente, ya que no se trata de la percepción de derechos de internación y ya que según la ley de 31 de julio de 1898 los billetes que ella autoriza emitir sirven para solventar todas las obligaciones, con las solas excepciones que ella determina, entre las cuales no está comprendido el importe de las penas pecuniarias impuestas por la Ordenanza de Aduanas.

Con fecha 3 de agosto de 1901, don Darío Urzúa, en representación de la Aduana de Valparaíso se presentó al Juzgado de ese puerto pidiendo:

1º Prohibición de gravar y enajenar las propiedades raíces de los señores Hesselbart, Quinteros y Lowey;

2º Retención de la suma de $ 50.000 que debían ser pagados al señor Hesselbart, por el Fisco;

3º Retención del valor que pudiera quedar en el Banco Internacional de los valores embargados por la misma Aduana, después de pagadas las cantidades que se cobraban en el juicio ejecutivo seguido por aquella contra el señor Hesselbart.

Funda su petición en que la Aduana tenía que seguir acción civil contra los expresados señores Hesselbart, Quinteros, Lowey y otros para obtener el pago de los derechos que le adeudaban por un número considerable de bultos y la declaración de comiso y multa en que se ha incurrido por haberse sobreseído en el ruidoso proceso criminal que se les seguía.

El Juzgado accedió provisoriamente á esta solicitud, debiendo quedar sin efecto si no se entablaba acción dentro de quince días.

Con fecha 17 de agosto del mismo año el representante de la Aduana dice: El ruidoso proceso criminal instruido contra don Emilio Hesselbart, don Fermín Quinteros y otros por defraudaciones aduaneras, ha terminado con la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de este puerto cuya copia autorizada acompaña.

Este fallo manda sobreseer temporalmente respecto del señor Hesselbart, pero reconociendo que los despachos é internaciones de mercaderías que dieron origen al proceso pueden afectar la responsabilidad civil de dicho señor, ordenó que fuese puesto en conocimiento de la Aduana para los fines consiguientes.

En vista de esta resolución hay que abrir el correspondiente juicio de comiso en contra del señor Hesselbart, á fin de que le sean aplicadas las penas establecidas por la Ordenanza de Aduanas para las introducciones clandestinas ó dolosas de mercaderías, esto es, por los contrabandos.

Consta de los antecedentes que se registran en el proceso criminal, que el señor Hesselbart logró retirar de los almacenes de depósitos de la Aduana é introducir sin los trámites legales y reglamentarios doscientos ochenta y ocho bultos de mercaderías por medio de dieziseis pólizas.

Los números 18 y 20 del artículo 89 de la Ordenanza vigente á la fecha de aquella introducción castigan el delito de contrabando con el comiso de las mercaderías fraudulentamente internadas, con una multa igual al 25% del valor de estas y además con otra multa equivalente al duplo de los derechos que se intentó usurpar, cuando la mercadería no es aprehendida, como en el caso del señor Hesselbart.

Estas son, por consiguiente, las penas que deben aplicarse á este señor por los doscientos ochenta y ocho bultos que ha internado furtivamente, sin perjuicio del pago de los derechos á que se encuentran afectos los artículos contenidos en ellos.

Por el momento no le es dable precisar el monto de los derechos que se adeudan, ni el valor exacto de las mercaderías introducidas de contrabando, pero protesta hacerlo y comprobarlo en el curso de la causa.

Mientras tanto, ciñéndose á lo preceptuado por el artículo 99 de la Ordenanza, se ve en el caso de solicitar un comparendo con el objeto de fundar verbalmente su acción en la forma prevista por el artículo 100 de la misma Ordenanza.

Pide, en consecuencia, se tenga por interpuesta la demanda de comiso en contra de don Emilio Hesselbart, y se condene á su debido tiempo á las penas que ha indicado en el cuerpo del escrito y citar á las partes á comparendo bajo apercibimiento de procederse en rebeldía del inasistente, comparendo que deberá celebrarse con el objeto que determinan los artículos 99 y 100 de la Ordenanza.

En un otrosí se pidió el mantenimiento de las medidas precautorias, á lo que el juzgado accedió

Después de varias citaciones, el día 2 de Octubre de 1901 tuvo lugar el comparendo con asistencia solo de don Emilio Hesselbart.

Hecha relación de los antecedentes, éste pidió el rechazo de la demanda fundándose:

1º En que es inepta por no estar precisado lo que se pide, requisito que exigen como indispensable las leyes 15 y 25 título 2º, Partida 3ª y 4ª del título 3º, libro 11 de la Novísima Recopilación, siendo de notar que el mismo representante de la Aduana confiesa esa falta de determinación en la acción deducida; y

2º En que él no ha despachado ninguna de las pólizas que han sido declaradas falseadas en el respectivo proceso criminal, según se comprueba con las copias correspondientes que corren en autos, debiendo tenerse presente que la acción civil sólo puede dirigirse contra el agente despachador, como así lo resolvió ó declaró la Iltma. Corte implícitamente en el considerando 1º de la sentencia que aprobó el auto de sobreseimiento temporal en dicho proceso.

Se mandó citar para sentencia, quedándolo desde luego el compareciente.

La Iltma. Corte con fecha 7 de octubre de 1901 ordenó, con arreglo al artículo 100 número 3º, del Reglamento de Aduana, que se recibiera la causa á prueba y se rindió la documental que corre en autos.

Se dió vista al señor Promotor Fiscal, quien la evacuó con fecha 7 de agosto de 1902, en la que opinó que debe negarse lugar á la demanda.

Más adelante el Juzgado declaró nulo lo obrado por no haber demanda en forma y se mandó reponer la causa al estado de llevarse á cabo el comparendo en que debía entablarse demanda.

Confirmado este auto por la Iltma. Corte, señaló nuevo día para el comparendo, el que tuvo lugar el 19 de noviembre de 1902.

A él asistieron el abogado de la Aduana don Enrique Rodríguez Mac-Iver y el demandado don Emilio Hesselbart.

El primero pidió se tuviera como demanda

el escrito presentado con esa misma fecha, con los documentos y demás piezas á que en él se refiere.

En ese escrito el representante de la Aduana dice: que según aparece de los documentos que corren en estos autos, que para los efectos legales pide se tengan por presentados con esta demanda, don Emilio Hesselbart ha extraído de los almacenes de la Aduana é internado en el país, burlando el pago de los derechos de internación y violando las leyes y Reglamentos de Aduana, los doscientos ochenta y ocho bultos que se determinan é individualizan con toda precisión, por sus números, marcas, contenido y manifiestos, en el cuadro ó relación que debe tenerse como parte de esta demanda.

Esto se acredita por los hechos siguientes que se encuentran comprobados con los documentos que aparecen en esta demanda.

1º Porque aquellos doscientos ochenta y ocho bultos fueron extraídos de los almacenes de depósitos de la Aduana, sin pagar los derechos de internación á que estaba afecta la mercadería que aquellos bultos contenían, y sin cumplir los trámites legales y reglamentarios que deben observarse en la internación de la mercadería;

2º Que aquellos bultos, después de haber sido internados sin pagar los derechos de Aduana, fueron entregados á sus dueños ó consignatarios por don Emilio Hesselbart;

3º Que los dueños ó consignatarios de aquellos bultos habían encargado el despacho de ellos al agente de Aduana señor Hesselbart antes que fueran retirados de la Aduana;

4º Que los doscientos ochenta y ocho bultos fueron manifestados por menor por el señor Hesselbart antes de su extracción;

5º Que el agente de Aduana señor Hesselbart cobró á los consignatarios ó dueños de las mercaderías una comisión por el supuesto despacho de ellos, el valor de los derechos á que aquellas mercaderías estaban afectas y que Hesselbart decía haber pagado por ellas y los gastos que había ocasionado su despacho, como si el despacho de la mercadería se hubiera efectuado y los derechos de internación se hubieran cubierto.

Que en el escrito se explica con toda claridad cuales documentos son los que prueban cada uno de estos hechos; pide por consiguiente que aquel escrito se tenga por reproducido en esta demanda en todas sus partes, menos en la que se refiere á la de multas consiguientes al comiso, por adolecer de errores en esta parte.

Del conjunto de estos hechos aparece comprobado que don Emilio Hesselbart es el responsable de la extracción fraudulenta de los doscientos ochenta y ocho bultos de los almacenes de la Aduana.

Con la extracción fraudulenta de los doscientos ochenta y ocho bultos de los almacenes de la Aduana se ha cometido por Hesselbart un contrabando ó infracción de las leyes y reglamentos de la Aduana, penado por los artículos 84 y 89 de la ordenanza del ramo con el comiso de la mercadería contrabandeada y con dos multas: una igual al 25% del valor de la mercadería é igual la otra al duplo de los derechos que se pretende defraudar.

De los doscientos ochenta y ocho bultos cuyos derechos se han defraudado se ha podido establecer el valor y los derechos de la mercadería que contienen doscientos cuarenta y cuatro de aquellos, que son los que se detallan con su contenido, número, marca, nombre del consignatario, etc. ,en la liquidación que acompaña adjunta como parte integrante de esta demanda.

El valor que en esta liquidación corresponde á la mercadería contenida en los doscientos cuarenta y cuatro bultos asciende á $ 115.726,57.

El 25% de este valor es $ 28.931,60. El duplo de los derechos que con la internación fraudulenta de estos doscientos cuarenta y cuatro bultos se intentó defraudar asciende en billetes á $ 62.221,92.

Y en oro de 48 peniques á $ 17.964,16 correspondientes á los doscientos cuarenta y cuatro bultos asciende en billetes á $ 206.880,09.

Los valores que se dan á las mercaderías de los doscientos cuarenta y cuatro bultos son los mismos valores que el propio señor Hesselbart les da á las mismas mercaderías en las cuentas pasadas por él á los dueños ó consig-

natarios de esas mercaderías, cuentas que han sido reconocidas en juicio por el señor Hesselbart y son las que se encuentran en este expediente.

Los derechos que á aquellas mercaderías se les ha asignado son también los mismos cobrados por el señor Hesselbart á los dueños de las mercaderías en las cuentas referidas, derechos que, por lo demás, se encuentran aplicados en estricta conformidad á la ley de aranceles, por datos que sirven de base á la liquidación adjunta, y emanan pues del mismo demandado señor Hesselbart.

En cuanto á los cuarenta y cuatro bultos restantes no comprendidos en la liquidación adjunta y que completan los doscientos ochenta y ocho que se indican en el cuadro, no ha sido posible á la Aduana obtener los datos y documentos necesarios para determinar con precisión exacta el valor de la mercadería que contenían estos cuarenta y cuatro bultos y los derechos que les correspondían pagar y la falta de estos datos ha impedido, por lo tanto, establecer desde luego el valor del comiso y de las multas por la defraudación de este valor; pero la Aduana espera poder establecer aquellos valores en la secuela de esta causa y protesta hacerlo tan luego como tenga y conozca los antecedentes y documentos que le permitan establecerlos y probarlos.

En virtud de lo expuesto y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 84 y 89, números 18 y 20, de la Ordenanza de Aduanas y con el mérito de los documentos acompañados y de los que corren en autos, pide al Juzgado se sirva condenar á don Emilio Hesselbart:

1º Al pago de los $ 206.880,06 en billetes y $ 17.964,06 en oro de 48 peniques, por el comiso y multas correspondientes á la mercaderías que contenían los doscientos cuarenta y cuatro bultos á que se refiere la liquidación adjunta;

2º Al pago del comiso y de una multa igual al 25% del valor de la mercadería y otra igual al duplo de los derechos de los cuarenta y cuatro bultos que no fueron comprendidos en la liquidación adjunta, y se detallan por su contenido, marca, número y manifiesto, cuyos valores y derechos protestan acreditar en el curso del proceso tan luego como obtenga los antecedentes y documentos que permitan coconocer con exactitud aquellas cifras.

El señor Hesselbart contestando la demanda dice: que pide se le absuelva porque jamás ha despachado ó sacado de la Aduana las mercaderías contenidas en los doscientos ochenta y ocho bultos á que se refiere la demanda, ni ha intervenido en las operaciones que han debido efectuarse para la extracción de esas mercaderías, sea firmando las piezas respectivas, sea diligenciando los despachos de éstas, ni de otro modo alguno y solamente ha manifestado las dichas mercaderías en la Aduana; por consiguiente, no le afectan los cargos que se le hacen por lo que no se considera obligado al pago de ninguna suma.

A solicitud del abogado de la Aduana se recibió la causa á prueba.

Previos los alegatos de las partes y el dictamen del señor Promotor Fiscal, se citó para sentencia.

El juzgado, con fecha 31 de agosto de 1903, falló:

Considerando:

1º Que aparece de autos que han sido retirados de los almacenes de la Aduana fraudulentamente por medio de pólizas falsas y sin los trámites legales doscientos cuarenta y cuatro bultos que se han podido precisar y valorizar, y cuarenta y cuatro que no han sido valorizados;

2º Que no hay prueba en autos suficiente para acreditar que don Emilio Hesselbart sea el que ha extraído los bultos sin el pago de los derechos respectivos;

3º Que las circunstancias de haber sido encomendado por los dueños ó consignatarios el despacho de las mercaderías que contenían esos bultos al señor Hesselbart, de haberlas éste manifestado á su nombre, de haber sido extraídas fraudulentamente de la Aduana, de haberse entregado por Hesselbart á sus dueños, y el haber cobrado éste mismo la comisión por el despacho, no constituyen prueba suficiente que acredite que el señor Hesselbart ha sido el autor de esos contrabandos, sino presunciones más ó menos graves que

no bastan para producir plena prueba, mucho más si se toma en consideración que la Aduana no ha presentado un sólo comprobante que manifieste que Hesselbart haya sido el agente despachador de esas mercaderías, habiendo afirmado que el agente fué don Guillermo Christen.

Con arreglo á las precedentes consideraciones y conforme á lo dispuesto en los artículos 1698 y 1712 del Código Civil, se declara sin lugar la demanda, sin costas.—*J. Germán Alcérreca.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones la revocó con fecha 25 de abril de 1904, fundándose en lo siguientes considerandos:

1º Que, con los documentos que corren en autos, se ha fundado de una manera indubitable que entre el mes de julio 1896 y el de enero de 1897 se extrajeron de los almacenes de la Aduana de este puerto, por medios fraudulentos y sin pagarse los derechos de internación correspondientes, los doscientos ochenta y ocho bultos de mercaderías de que dá cuenta el estado que se registra;

2º Que de los mismos antecedentes y de los que se mandaron traer á la vista por el decreto de 22 de diciembre último, aparece:

a) Que los dueños ó consignatarios de los doscientos ochenta y ocho bultos á que se refiere el considerando anterior, encomendaron su despacho al agente de Aduana don Emilio Hesselbart;

b) Que Hesselbart aceptó el encargo y manifestó los bultos por menor;

c) Que en los libros de la Aduana consta que para el despacho de ellos se corrieron dieziseis pólizas suscritas con el nombre de Emilio Hesselbar';

d) Que después de la sustracción fueron entregados por éste á sus respectivos dueños ó consignatarios; y

e) Que Hesselbart reclamó y percibió de sus comitentes el importe de los derechos de internación á que las mercaderías estaban sujetas, un honorario en su calidad de agente despachador y cierta suma por gastos de despacho, como si éste se hubiera efectuado regularmente y como si en realidad se hubieran pagado á la Aduana aquellos derechos;

3º Que de estos diferentes hechos se desprenden presunciones graves, precisas y concordantes, que, atendida la naturaleza de la causa, dan mérito suficiente para atribuir á don Emilio Hesselbart la defraudación de los derechos fiscales que adeudaban las mercaderías contenidas en los doscientos ochenta y ocho bultos de que en ella se trata;

4º Que prescindiendo de los recibos cuya firma no ha sido reconocida, Hesselbart no ha justificado el hecho que alega en su defensa de haber él á su vez cometido el despacho á don Guillermo Christen, á quien culpa por las defraudaciones pesquisadas;

5º Que, antes bien, exhortado en el juicio criminal á fin de que manifestara los comprobantes de sus relaciones con Christen, contestó que no tenía otros que el mismo Christen y Dios; y aunque más tarde en una declaración posterior dijo que presentaría sobre el particular testigos y documentos si su defensor lo juzgaba necesario, el hecho es que ni en aquel juicio ni en el actual ha producido, aparte de los recibos mencionados, prueba alguna tendente á acreditar esas relaciones ó á desvanecer de algún modo las presunciones que los antecedentes arrojan en su contra;

6º Que en el comercio de importación el contrabando consiste en la internación clandestina de mercaderías afectas al pago de derechos fiscales;

7º Que en el caso de autos los doscientos ochenta y ocho bultos entraron á la Aduana mediante los trámites prescritos por la Ordenanza del ramo y fueron sustraídos de los almacenes fraudulentamente, eludiéndose el pago de los derechos con que estaban gravadas las mercaderías que contenían;

8º Que no habiendo existido clandestinidad no le es aplicable el número 20 del artículo 89, que pena el contrabando, ó sea la internación oculta de mercaderías que no han entrado en la Aduana;

9º Que tampoco le es aplicable el número 11 del artículo 84, pues este precepto se refiere al mero conato de defraudación por los medios que indica, y en la causa se persigue la responsabilidad de un agente de Aduana por una defraudación consumada en otra forma;

10. Que los hechos que sirven de base á la demanda deben estimarse comprendidos en el número 18 del artículo 89, que pena al agente de Aduana que defraudase los derechos fiscales con una multa igual al valor de lo que hubiese usurpado si la mercadería es aprehendida y decomisada y si no lo fuera, que es lo que aquí acontece, con una cantidad equivalente al duplo de aquel valor;

11. Que de los doscientos ochenta y ocho bultos en cuestión, el demandante no ha especificado ni hecho constar el contenido ni los derechos de internación correspondientes á cuarenta y cuatro y siendo indeterminada la demanda en cuanto á ellos no es posible aceptarla en esta parte; y

12. Que el contenido y derecho de los doscientos cuarenta y cuatro restantes se han establecido y liquidado en vista de las cuentas que Hesselbart pasó á los dueños y consignatarios respectivos y que el mismo Hesselbart ha reconocido expresamente en las diligencias compulsadas.

Con el mérito de estos considerandos y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 89 número 14 de la Ordenanza de Aduanas y en los artículos 1689 y 1712 del Código Civil, la Corte de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y declaró:

1º Que ha lugar á la demanda en cuanto por ella se pide que don Emilio Hesselbart sea condenado al pago de la suma de $ 62.221,92 en billetes y de $ 17.964,06 en oro de 48 peniques á que según la liquidación aludida en el considerando duodécimo asciende el duplo de los derechos de internación que debieron pagar los doscientos cuarenta y cuatro bultos que fueron sustraídos de los almacenes de aduana y de que habla el mismo considerando; y

2º que se desechan las demás peticiones de la demanda.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación en el fondo tanto don Emilio Hesselbart como el representante de la Aduana.

El primero funda el recurso en la infracción de las siguientes disposiciones legales:

1º Los artículos 178, 69 y 38 de la Ordenanza de Aduanas, los demás artículos que concuerdan con ellos y el artículo 5º de la ley de contribuciones vijente entonces, que preceptúa que el cobro de contribuciones ha de hacerse en conformidad á la Ordenanza de Aduanas y á las leyes que dicho artículo menciona.

Para fijar el duplo de los derechos de Aduana correspondientes á los doscientos cuarenta y cuatro bultos á que se refiere la sentencia es indispensable fijar primero el monto del impuesto aduanero devengado por aquellas mercaderías.

Una de las formalidade esenciales para proceder al cobro del impuesto aduanero es el aforo de la mercadería que se interna, conforme á lo prescrito en los artículos 138 y 69 de la Ordenanza y que debe practicarse por el vista. Consiste el aforo en la determinación de la partida de la tarifa de avalúos á que pertenece la mercadería, y como consecuencia, el tipo de derechos de Aduana á que está sujeta. Practicado el aforo, la sección de liquidación debe liquidar los derechos sobre la base del avalúo hecho por el vista, como lo dispone el número 4º del artículo 138 de la citada Ordenanza.

La sentencia recurrida manda pagar derechos de Aduana con las penas que cree legales, sin que hayan sido aforadas las mercaderías ni por vista ni por funcionario alguno y sin que se hayan liquidado los derechos sobre la base del avalúo oficial y de ese modo infringe las disposiciones anteriormente citadas:

2º Los artículos 1702, 1700 y 1704 del Código Civil.

La sentencia en el considerando duodécimo expresa que el contenido y derechos de los doscientos cuarenta y cuatro bultos á que se refiere la demanda se han establecido y liquidado en vista de las cuentas que Hesselbart pasó á los respectivos dueños y consignatarios y que él mismo reconoció en las diligencias compulsadas.

Lo que ha reconocido Hesselbart es la autenticidad de muchas de esas cuentas, más no la circunstancia de que se refieren á los doscientos cuarenta y cuatro bultos sustraídos de la Aduana.

Las referidas cuentas expresan, sin embargo, con toda claridad que se han satisfecho

los derechos de Aduana devengados por las mercaderías que en ellas se indican.

No siendo parte la Aduana en las cuentas, las cuales son documentos otorgados entre extraños, no puede invocarlas para efecto alguno y en caso de poder hacerlo no podría romper su unidad invocándolas en la parte que le favorece y rechazándolas en la parte que no le es favorable.

La sentencia recurrida que ha mandado pagar sumas de dinero que sólo se acreditan con esas cuentas, que acepta sin otros antecedentes las declaraciones contenidas en ellas y que dá plena fe á esas declaraciones para comprobar la acción de un tercero extraño á las cuentas mismas, viola los artículos 1702 y 1700 del Código Civil, en que se define el mérito que corresponde como medios probatorios á los instrumentos privados reconocidos, y á los instrumentos públicos.

La manera de apreciar la fe de estos documentos es contraria á la disposición del artículo 1704 del Código Civil, en que se dispone que sirven de prueba contra el que los hubiese escrito y firmado con tal que el que quiera aprovecharse de ellos no los rechace en la parte que le fuere desfavorable.

Esas cuentas que sirven á la sentencia para determinar el valor de los derechos demandados debe también producir un descargo en favor del demandante, por lo que el fallo recurrido, al aceptarlos sólo en lo favorable al demandante y no en lo desfavorable, ha infringido la última disposición legal citada.

3º Los artículos 22 de la ley de 11 de febrero de 1895 y 9º de la de 26 de noviembre de 1892, 5º, 6º y 8º de la de 31 de mayo de 1893 y las demás con ellas relacionadas.

La sentencia en su parte dispositiva decide que el demandado debe pagar á la Aduana $ 62.221,92 en billetes y $ 17.964,06 en oro de 48 peniques.

Este último punto no tiene en su apoyo consideración alguna. Ninguno de los considerandos se refiere directa ó indirectamente á él ni se cita ley que le sea aplicable. Esto no obstante, es evidente que mandar pagar una suma procedente de derechos y multas de aduana en pesos de oro de 48 peniques importa la infracción de las leyes indicadas.

La ley de 26 de noviembre de 1892 dispuso en su artículo 9º que durante los años 1894 y 1895 el 50% de los derechos de internación se pagara en libras esterlinas á razón de $ 6.31 por cada libra ó en moneda chilena de oro equivalente.

En vista de la dificultad que había para proporcionarse oro sellado, se dictó en 31 de mayo de 1893 otra ley que mandó pagar la mitad ó sea el 25% de los derechos de Aduana que debían pagarse en oro, en el equivalente en papel moneda y permitió que la otra mitad se cubriera en letras sobre Londres, disponiendo á la vez que se extendiera al primer semestre de 1896 lo establecido en esta materia para los años anteriores.

Posteriormente se puso en vigencia la ley de 11 de febrero de 1895 que dió á la libra esterlina el valor de $ 13.33, ó sea el de 18 peniques á nuestro peso de oro. Este peso es nuestra unidad monetaria para solucionar toda obligación de cualquiera clase que sea. Esta misma ley dejó en vigor las disposiciones anteriormente citadas.

Por fin, la ley de 13 de junio de 1896 ordenó que los derechos de internación se cobraran en la forma usada á la sazón, hasta el día que rigiera una tarifa de avalúo que fijara el valor de las mercaderías en pesos de 18 peniques. Las leyes anteriores eran las vigentes en la época á que se refiere la perpetración de los fraudes denunciados en la demanda, y sólo de acuerdo con sus preceptos podrían liquidarse y cobrarse en las Aduanas de la República los derechos de internación y almacenaje. En ninguna de esas leyes existe autorización para cobrar oro de 48 peniques.

En consecuencia, la resolución que ha dispuesto que por derechos de aduana y multas se pague una suma en pesos de oro de 48 peniques, infringe la ley antes mencionada que autorizó el cobro del impuesto aduanero conforme á las leyes en ella indicadas, y estas mismas leyes en las disposiciones de que se ha hecho expresa mención.

La Aduana de Valparaíso ha deducido también recurso de casación en el fondo en contra de esta misma sentencia, y lo funda en haberse pronunciado con infracción de los

artículos 84 y 89 número 20 de la Ordenanza de Aduanas.

La sentencia recurrida estima que en el comercio de importación, el contrabando consiste en la internación clandestina de mercaderías afectas al pago de derechos fiscales, y que no habiendo clandestinidad en la defraudación de que se trata no le es aplicable el número 20 del artículo 89, que pena el contrabando ó la internación oculta de mercaderías que no han entrado en Aduana; por lo cual niega lugar al pago de una multa igual al 25% del valor de la mercadería.

Esta interpretación es errónea, puesto que la defraudación de que se trata importa un contrabando cometido por un agente de Aduana, por lo que le es aplicable no sólo el número 18 del artículo 89, sino también el número 20 del mismo artículo. La extracción de las mercaderías se ha hecho ocultamente valiéndose de pólizas falsas para ocultar la defraudación de los derechos, circunstancia que da al procedimiento el carácter de contrabando.

Se ha infringido también la disposición del artículo 84, por no haberse dado lugar al comiso de la mercadería cuyos derechos se intentó defraudar.

Este artículo dispone que caen en comiso las mercaderías en cuyos derechos haya conato de defraudar de parte de un agente de Aduana, ya sea sustrayendo pólizas, enmendando palabras ó números para rebajar la cantidad, peso ó avalúo de las especies, ya usando de cualquier otro expediente para ejecutar el fraude.

Aún cuando la sentencia establece que no es aplicable á este caso la disposición del número 11 del artículo 84, porque no se trata de un conato de defraudación sino que se persigue la defraudación consumada en otra forma, la manera como se ha cometido la defraudación es de las contempladas en aquel precepto. Ese artículo se refiere á la sustracción de pólizas ó enmendaturas de palabras ó números ó cualquier otro expediente para ejecutar el fraude; y en estas palabras debe comprenderse la falsificación de pólizas, lo que es análogo á la sustracción de ellas.

El mencionado artículo pena con el comiso no sólo el conato del fraude sino la defraudación misma consumada. Sería absurdo suponer que la ley castiga con mayor pena el conato de una defraudación que la defraudación misma, como lo establece la sentencia recurrida, en que se castiga únicamente con una pena igual al duplo de los derechos, y no con el comiso de la mercadería.

Oído el dictámen de uno de los Ministros del Tribunal,

La Corte:

Considerando respecto de la tercera causal de casación invocada por don Emilio Hesselbart:

1º Que la ley número 631 de 18 de junio 1896 prescribió que el pago de los derechos de internación y almacenaje continuara haciéndose en las Aduanas de la República en la misma forma y con los recargos establecidos en esa fecha, hasta el día en que comenzare á regir una nueva tarifa de avalúo en que el valor de las mercaderías se exprese en pesos de 18 peniques; tarifa que entró en vigor el 1º de enero de 1898, en cumplimiento de lo dispuesto en el decreto supremo de 31 de diciembre de 1897 expedido por el Ministro de Hacienda;

2º Que á la promulgación de la expresada ley los derechos de internación se cobraron en las Aduanas, con arreglo, entre otras disposiciones, á lo establecido en las leyes de 26 de noviembre de 1892 y de 31 de mayo de 1893, las cuales disponían, la primera, en su artículo 9º, que el 50% de los derechos de internación se pagase durante los años 1894 y 1895 en libras esterlinas á razón de seis pesos treinta y un centavos por cada libra ó en moneda chilena de oro de valor equivalente; y la última, en sus artículos 5º y 8º, que la mitad de ese 50% que debía cubrirse en oro se pagase en su equivalente en papel moneda, y que la otra parte que debía satisfacerse en oro durante el año 1895 se pagase en la forma establecida durante el primer semestre de 1896;

3º Que en conformidad á estas disposiciones legales vigentes á la fecha en que, según la sentencia recurrida, se extrajeron de los al-

macenes de la Aduana de Valparaíso las mercaderías á que se refiere el presente juicio, el 25% de los derechos de internación debía pagarse en libras esterlinas á razón de $ 6.31 por cada libra ó en moneda chilena de oro de valor equivalente, esto es, que representara $ 6.31 por cada libra esterlina;

4º Que la sentencia recurrida, al fijar en pesos de 48 peniques el duplo del 25 % de los derechos de internación que habría correspondido pagar en oro á aquellas mercaderías, no se ha conformado á lo dispuesto en los artículos 9º de la ley de 26 de noviembre de 1892 y 5º y 8º de la de 21 de mayo de 1893 que establecían la forma en que debría cubrirse el 25% de los derechos de internación que correspondía pagar en oro, puesto que dicho fallo ordena pagarlos en pesos de 48 peniques, dando así á la libra esterlina el valor de $ 5.00 y no el de $ 6.31 que esas leyes le habían fijado;

5º Que al no conformarse la sentencia recurrida en una de sus decisiones á los indicados preceptos legales, los ha infringido; y estas infracciones han sido expresamente reclamadas por el recurrente don Emilio Hesselbart al formalizar su recurso de casación en el fondo;

6º Que aceptada una causal de casación es inoficioso pronunciarse acerca de las demás.

Visto lo dispuesto en los artículos 940 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por don Emilio Hesselbart en contra de la sentencia de 25 de abril de 1904, y se invalida dicha sentencia, la cual será reemplazada por la que debe dictar este Tribunal en conformidad al artículo 958 de dicho Código.

Devuélvase al recurrente la cantidad consignada

Redactada por el señor Ministro Varas.—*Galvarino Gallardo. — Gabriel Gaete. — V. Aguirre V.—Carlos Varas.—Abel Saavedra.—A. Vergara Albano.—J. Bernales.*

Y pronunciando sentencia con igual fecha.

La Corte:

Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia; y

Teniendo presente:

1º Que la sentencia recurrida y que ha sido invalidada establece en sus considerandos 1º, 2º y 4º los siguientes hechos: que entre el mes de julio de 1896 y en enero de 1897 se extrajeron de los almacenes de la Aduana de Valparaíso, por medios fraudulentos, y sin pagarse los respectivos derechos de internación, doscientos ochenta y ocho bultos de mercaderías de que da cuenta el estado; que los dueños ó consignatarios de esos doscientos ochenta y ocho bultos encomendaron su despacho al agente de Aduana, don Emilio Hesselbart, quien aceptó el encargo y manifestó los bultos por menor, que en los libros de Aduana consta que para el despacho se corrieron dieziseis pólizas suscriptas con el nombre de Emilio Hesselbart á sus dueños ó consignatarios; que éste mismo reclamó y percibió de sus comitentes el importe de los derechos de internación á que estaban sujetas las mercaderías, un honorario en calidad de agente despachador y cierta suma de gastos de despacho; y que el demandado no ha justificado el hecho que alega en su defensa de haber á su vez cometido el despacho á don Guillermo Christen, á quien inculpa por las defraudaciones pesquisadas;

2º Que el artículo 958 del Código de Procedimiento Civil prescribe que cuando la Corte Suprema invalidase una sentencia por casación en el fondo, deberá dictar sobre la cuestión materia del juicio, la sentencia que se creyese conforme á la ley y al mérito de los hechos, tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido;

3º Que de los hechos establecidos en el fallo, según la apreciación que de ellos hace el Tribunal que conoció del pleito, á quien corresponde la facultad privativa de apreciar su mérito probatorio, se desprenden presunciones graves, precisas y concordantes para atribuir á don Emilio Hesselbart la defraudación de los derechos fiscales que adeudaban las mercaderías contenidas en los doscientos ochenta y ocho bultos;

4º Que establecidos por la sentencia recurrida estos antecedentes de hecho con el mérito probatorio que ella les atribuye, es preciso aceptar que don Emilio Hesselbart fué quien

extrajo de la Aduana de Valparaíso, sin pagar los respectivos derechos, las mercaderías á que se refiere la causa;

5º Que no son aplicables al acto ejecutado por Hesselbart las disposiciones de los artículos 84, número 11 y 89, número 20, de la Ordenanza de Aduanas, como ha pedido en su demanda el representante de la Aduana de Valparaíso; porque no se trata en el presente caso ni de un conato de defraudación, que es lo que pena el número 11 del artículo 84, ni de un contrabando, que es lo contemplado en el número 20 del artículo 89, puesto que las mercaderías fueron extraídas de los almacenes de Aduana, después de haber sido desembarcadas y depositadas en ellos, llenándose en el desembarco y depósito en almacenes todas las formalidades prescritas por las leyes y reglamentos aduaneros para su internación en el país;

6º Que los procedimientos practicados para eludir el pago de los derechos de internación á que estaban afectas las mercaderías, deben considerarse comprendidas en las disposiciones del número 18 del artículo 89 de la citada Ordenanza, que establece las penas en que incurre el agente de Aduana que defrauda esos derechos, cuando la mercadería no es aprehendida, como en el caso actual; y estas penas consisten en una multa equivalente al duplo del importe de los derechos de Aduana que debieron pagarse;

7º Que de los doscientos ochenta y ocho bultos en cuestión, el demandante no ha especificado ni hecho constar el contenido ni los derechos de internación correspondientes á cuarenta y cuatro; y siendo indeterminada la demanda en cuanto á ellos, no es aceptable en esa parte;

8º Que el contenido de los doscientos cuarenta y cuatro bultos restantes y los derechos de internación que correspondía pagar, se han establecido y liquidado en las planillas, en vista de las cuentas que el mismo Hesselbart pasó á los respectivos dueños y consignatarios y que, según la sentencia recurrida, han sido reconocidas por éste;

9º Que en la liquidación de esos derechos, practicados por la Aduana de Valparaíso, se ha considerado erróneamente en pesos de 48 peniques las sumas que, según las cuentas de don Emilio Hesselbart, fueron pagadas por el 25 % que debía cubrirse en oro, suma que esas cuentas anotan en moneda corriente; y el valor equivalente á ese 25 %;

10. Que no tratándose en el presente juicio de la percepción de derechos de internación, sino de fijar el valor de la pena que corresponde á la defraudación efectuada, ese valor puede determinarse en moneda corriente por el equivalente en billetes á los derechos en oro, ya que según la ley número 1,054 de 31 de julio de 1898, los billetes que ella autoriza emitir sirven para solventar todas las obligaciones, con las solas excepciones que ella determina, en las cuales no está comprendido el importe de las penas pecuniarias impuestas por la Ordenanza de Aduanas;

11. Que siendo la pena que corresponde aplicar á la defraudación de que se trata una multa igual al duplo del valor de los derechos usurpados y este valor asciende segun la liquidación antes referida á $ 31.110,96 en moneda corriente por el 75 % de derechos de internación que correspondía pagar en billetes y á $ 8.982,03 también en moneda corriente por la cantidad equivalente al monto del 25 % de esos derechos que correspondía satisfacer en oro;

Visto lo dispuesto en los artículos 1698 y 1712 del Código Civil y 89, número 18, de la Ordenanza de Aduanas, se revoca la sentencia apelada de 31 de Agosto de 1903, y se declara que ha lugar á la demanda en cuanto por ella se pide que se condene á don Emilio Hesselbart á pagar una multa igual al duplo de los derechos de internación que correspondió satisfacer por las mercaderías contenidas en los doscientos cuarenta y cuatro bultos anteriormente indicados, ó sea la suma de $ 80.185,98, cantidad que en moneda corriente importan los derechos defraudados, según la liquidación á que se refiere el considerando 11 de esta sentencia.

Se desechan las demás peticiones de esa demanda.

Redactada por el señor Ministro Varas.—*Galvarino Gallardo — Gabriel Gacte.—V. Aguirre Vargas.—Cárlos Varas.—Abel Saavedra.—A. Vergara Albano.—J. Bernales.*

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. en el fondo—31 de mayo de 1907

Teófila de la Plaza con Segui

Causal de casación. – Litis. — Tercería. — Hipoteca. — Autorización judicial. — Mujer casada; consentimiento.

DOCTRINA:—*Las cuestiones no discutidas en la litis y que, por lo mismo, no han sido materia del fallo, no pueden ser tomadas en consideración en el recurso de casación.*

Por consiguiente, no existiendo en la sentencia recurrida pronunciamiento alguno sobre las excepciones ó alegaciones en que se funda el recurso, no ha podido esta sentencia infringir las disposiciones legales que se suponen violadas.

En una ejecución promovida por doña Tomasa Segui en contra de don José del Tránsito García, se presentó doña Téofila de la Plaza H., interponiendo tercería de dominio, y dice: que, por los diarios publicados, ha llegado á su conocimiento que en esta ejecución se ha embargado un sitio y edificio ubicado en calle de Concepción número 1160 de la ciudad de Santiago señalándose para el último pregón y remate el 17 de diciembre de 1903.

Esa propiedad le corresponde exclusivamente, en dominio y propiedad, como legataria de doña Irene Honorato, según consta de la cláusula 4.ª del testamento que acompaña, otorgado en 30 de octubre de 1890 ante el notario Marcelino Larrazábal W.

Por tanto, interpone tercería de dominio y pide que se alce el embargo y se le entregue la propiedad, con costas.

Don Aurelio Doren, por doña Tomasa Segui, sin profesión, domiciliada en Dardignac número 538, respondiendo dice: que es indudable que doña Teófila de la Plaza es dueño de la casa y sitio embargados en esta ejecución pero en la escritura que dió mérito para despachar el mandamiento aparece que don José del Tránsito García dió en garantía la casa de su representada, con la siguiente autorización:

"Doña Teófila de la Plaza es dueño de un predio ubicado con los números 42 y 44 calle de la Concepción de esta ciudad, según consta del certificado de inscripción. No tiene gravamen ni prohibición de enajenar. Don José

del Tránsito García, marido de la señora de la Plaza y con su voluntad, solicita de V. S. autorización para hipotecar la referida propiedad hasta por la suma de $ 2.000. Con la información rendida se ha acreditado que los trabajos que se propone hacer el solicitante son útiles para los intereses de la señora de la Plaza.

Con lo expuesto no veo inconveniente para que V. S. acceda á la solicitud en dictamen.—*Holley.*

Santiago, 24 de febrero de 1899.—Vistos: con el mérito de estos antecedentes, se declara como parece al señor Defensor de Menores en el dictamen que precede.—*Henríquez.*

Llenado por el marido el requisito exigido por el artículo 1754 del Código Civil, sin negar á la mujer el dominio del bien hipotecado, no procede la tercería de dominio.

Pide se deseche la tercería, con costas, daños y perjuicios.

En rebeldía del ejecutado se dió por evacuado por su parte el traslado de la tercería y, considerada la cuestión de derecho, de acuerdo de las partes se citó para sentencia.

Uno de los juzgados de letras de Santiago; con fecha 15 de octubre de 1904 resolvió:

Considerando:

Que si bien es cierto que la propiedad sobre que versa la tercería fué heredada por la tercerista, también lo es que fué hipotecada conforme á la ley para garantir la obligación por que se ejecuta, como consta de la escritura de mutuo.

Visto lo que disponen los artículos 151 y 167 del Código de Procedimiento Civil y 1698 del Código Civil, se declara que no ha lugar á la tercería, con costas.—*Dagoberto Lagos.*

Apelada esta resolución, una de las salas de la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, 31 de agosto de 1906.—Vistos: Se confirma la sentencia apelada de 15 de octubre de 1904, con declaración de que no ha lugar á la condenación en costas que se impone en la referida sentencia.—*E. Castillo.—L. Barriga.—J. A. Rojas.—R. Reyes Solar.*

Contra esta última sentencia dedujo la misma parte apelante recurso de casación en la forma y en el fondo, y declarado inadmisible el primero por haberse formalizado fuera del término legal, se concedió solo el de fondo, respecto del cual se dice por la recurrente que al dictarse la sentencia reclamada, se han infringido los artículos 10, 1754, 1682 y 1683 del Código Civil, pues según ella la autorización para hipotecar la propiedad raiz embargada, adolece de nulidad, porque no ha prestado su consentimiento para que se le imponga ese gravamen, desconociendo la autenticidad al efecto de la firma, que con su nombre y apellido, aparece en la solicitud respectiva.

Al fundarse el recurso ante esta Corte, se reproduce virtualmente lo expuesto en el escrito de formalización, y respondiendo la parte contraria pide se deseche y expone que, si bien es cierto que los artículos 144 y 1754 del Código Civil exigen como requisito indispensable el consentimiento de la mujer casada para la hipotecación de las propiedades raíces de ésta, ni esas mismas disposiciones, ni ninguna otra, han preceptuado la forma en que debe manifestarse tal consentimiento.

Se expidió el dictamen correspondiente por uno de los ministros del Tribunal.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que según aparece del escrito la acción de tercería deducida por la recurrente se funda solo en la circunstancia de que la tercerista es dueña exclusiva de la propiedad raiz embargada y que sobre esta base se trabó la litis y se falló en primera instancia la mencionada acción;

2º Que si bien apelada dicha sentencia por la tercerista, al expresar los agravios que esa sentencia le irrogaba, expuso que, registrando los autos en que se tramitó la autorización para hipotecar el predio embargado resulta que la solicitud que se hizo con tal objeto no está firmada por ella, pues aunque pudiera creerse que es suya la firma suplantada que se ha agregado á esa pieza, dicha firma no está autorizada por el secretario, no se le notificó el proveído que recayó en esa solicitud, ni compareció tampoco en el otorgamiento de la escritura á que se redujo la mencionada autorización; tales observacio-

nes fueron hechas extemporáneamente en este juicio, de tal manera que la sentencia que recayó en segunda instancia no hace siquiera mención de ellas, habiéndose limitado á confirmar la de primera instancia; y

3º Que no existiendo en la sentencia recurrida pronunciamiento alguno sobre las excepciones ó alegaciones á que se refiere el considerando anterior, no han podido infringirse las disposiciones legales en cuya supuesta violación se apoya el recurso, toda vez que esas infracciones se hacen consistir, no en el fundamento en que se apoyó la tercería, ni en la consideración legal en virtud de la cual se rechazó, sino en las aludidas excepciones ó alegaciones formuladas con posterioridad á la sentencia de primera instancia.

Visto además lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso, con costas. Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Y teniendo presente que el recurso de casación en la forma fué declarado inadmisible por haberse formalizado fuera del término legal, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 943 del Código de Procedimiento Civil, queda también aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada al efecto para este recurso.

Redactada por el señor Ministro Gaete.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo. —Gabriel Gaete.—E. Fóster Recabarren.—L. Rodríguez.—L. Vial Ugarte.*

———

Cas. en el fondo.—26 de octubre de 1906

Toro con Fisco

Militares.— Retiro por invalidez.— Cédula — Pensión.— Jubilación. - Decreto supremo.— Derechos adquiridos.— Presidente de la República; facultad privativa.— Competencia.

DOCTRINA:—*Declarado el retiro de un militar por el Presidente de la República, á quién según el artículo 73 (82) número 11 de la Constitución Política, corresponde como atribución especial la facultad de conceder jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos con arreglo á las leyes, el decreto que tal declaración establece puede reputarse como un fallo jurídico desde que decide derechos ciertos y positivos en favor de una determinada persona por haberse justificado que legítimamente le corresponden.*

Los derechos declarados á favor del militar por el decreto que concede su retiro, se incorporan á sus bienes patrimoniales y del dominio de ellos ó de una parte de ellos, por pequeña que sea, no puede ser privado sino por sentencia judicial ó por expropiación por causa de utilidad pública.

Por consiguiente, concedida por decreto supremo cédula de retiro á un militar y expresándose en ella que la pensión correspondiente se pagará desde la vigencia de la ley de 9 de enero de 1892, no puede declararse por decreto posterior que esta pensión ha de pagarse desde la vigencia de la ley de 2 de febrero de 1905, menoscabando así los derechos adquiridos por la primitiva cédula.

Decretado el retiro por el Presidente de la República en uso de sus facultades privativas, son competentes los tribunales de justicia para determinar el día desde el cual debe pagarse la pensión correspondiente.

———

Don Luis Arturo Toro A , demandando expone: que habiéndose declarado su invalidez relativa, previa oportuna presentación é informes de Comisión de Cirujanos, del Tribunal de Cuentas y de la Dirección General del

Tesoro, se le concedió como Sargento Mayor de Ejército, después de haber hecho la campaña de 1891 y batídose en la batalla de la Placilla, cédula de retiro absoluto por decreto supremo de 31 de agosto de 1903, conforme á las leyes de 22 de diciembre de 1881 y 9 de Enero de 1892, reconociéndole haber servido catorce años, dos meses, veintinueve días y mandándosele abonar la pensión mensual de $ 105 desde la citada ley de 9 de Enero. De ese decreto se tomó razón por dicho Tribunal el 3 de Septiembre del mismo año, se anotó al día siguiente por la Dirección del Tesoro y el 10 de ese mes en el Archivo General del Ejército.

Pero la referida cédula de retiro, expedida con todos los requisitos indicados, fué revocada por decreto del Gobierno de 15 de septiembre de 1903, fundado en que de los antecedentes se deduce que el exponente no se presentó en tiempo.

Observa que para declararlo inválido relativo, se tuvo en consideración lo dictaminado por el Tribunal de Cuentas y por la Dirección del Tesoro en que se reconoce su presentación oportuna; así que el citado decreto de 15 de septiembre se halla en abierta contradicción con los documentos acompañados al expediente de invalidez.

Para manifestar el error de la causal alegada como fundamento de ese decreto rindió ante la justicia ordinaria información sumaria de testigos, que hizo valer ante el Supremo Gobierno para obtener la reconsideración del decreto últimamente citado.

Se le reconoció por él su derecho adquirido y desentendiéndose de todos los fundamentos alegados por el exponente, ordenó el pago de la pensión sólo desde la vigencia de la ley de 2 de febrero del presente año.

Acompaña original la primera cédula de retiro y en recorte impreso la segunda y el decreto respectivo.

Sostiene que cuando se expidió aquella cédula el Presidente de la República no hizo sino declarar un derecho concedido por la ley, y que adquirido así este derecho por el solicitante, ya no ha podido ser modificado ó alterado por esa autoridad, porque sale de la órbita de sus atribucioues y pasa á la de la autoridad judicial.

Por lo expuesto, demanda al Fisco para que se declare que la referida pensión debe pagársele desde la vigencia de la ley de 9 de enero de 1892 como está decretado en la cédula de retiro.

Contestando el señor Director del Tesoro por el Fisco expone: que revocada la cédula de retiro de don Luis Arturo Toro, como él lo reconoce, la autoridad judicial carece de atribuciones para averiguar si eso se hizo ó nó con antecedentes bastantes.

Es indiscutible en su concepto que eso pudo hacerlo el Presidente de la República.

Por lo demás, niega todos los hechos que, constando de instrumentos auténticos no aparezcan comprobados con los respectivos antecedentes.

Pide por lo expuesto se deseche la demanda.

En la réplica, se reiteran y refuerzan los argumentos aducidos en la demanda.

La dúplica se dió por evacuada en rebeldía.

Oído el señor Promotor Fiscal, opina en su dictamen que se dé lugar á la demanda.

Citadas las partes para sentencia, por estimarse la causa de simple derecho, uno de los juzgados de Santiago pronunció con fecha 9 de noviembre de 1905, la siguiente sentencia:

Considerando:

1º Que por decreto de 31 de agosto de 1903 se concedió conforme á las leyes de 22 de diciembre de 1881 y 9 de enero de 1892, cédula de retiro absoluto al sargento mayor de Ejército don Luis A. Toro, inválido relativo, habiendo comprobado haber servido catorce años un mes y veintinueve días y mandándose pagarle la pensión mensual de $ 105 desde la vigencia de la citada ley de 9 de enero;

2º Que como consta fehacientemente á continuación de la referida cédula del decreto mencionado se tomó razón en el Tribunal de Cuentas el 3 de septiembre de 1903, se anotó el 4 de este mes en la Dirección del Tesoro y el 10 en el archivo general del Ejército, quedando así cumplidos todos los requisitos para que surtiera efecto ese decreto y en consecuencia legalmente establecido el derecho del señor Toro;

3º Que naciendo este derecho de la ley, una vez declarado por el Presidente de la Repú-

blica no puede alterarlo, porque sale de la órbita de sus atribuciones y pasa á la de la autoridad judicial;

4º Que por consiguiente debe estimarse en vigencia la cédula de retiro, no bastando el decreto de 15 de septiembre de 1903 tendente á dejarla sin efecto y por tanto que el demandante tiene derecho á la pensión allí designada desde que la citada ley de 9 de enero comenzó á regir;

5º Que á mayor abundamiento la invalidez relativa del señor Toro fué nuevamente reconocida por el Gobierno, según decreto de 14 de junio último, expedido conforme á la ley de 2 de febrero de este año, declarándosele comprendido en la disposición del artículo 3 de la ley de 22 de diciembre de 1881, con derecho al abono de diez años de servicios y á la pensión mensual de $ 105;

6º Que si bien en el referido decreto de 14 de junio de este año se expresa que la pensión se abone desde la vigencia de la indicada ley de 2 de febrero, esto no puede alterar el derecho reconocido en la cédula, tanto por la razón dada en el considerando tercero de esta sentencia como porque el único objeto de esa ley fué conceder nuevo plazo para la presentación de los que antes no lo habían hecho dentro del fijado por la ley de 9 de enero de 1892.

De conformidad con lo dispuesto también en los artículos 82 número 11, 108 y 160 de la Constitución Política del Estado; 1º y 5º de la ley de 15 de octubre de 1875 y 167 y 331 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á la demanda.—*Arturo Ayala.*

Apelada esta sentencia, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, falló:

Santiago, 5 de mayo de 1906.—Vistos: teniendo presente:

1º Que la cuestión que cumple resolver en este juicio es la de determinar el día desde el cual debe empezar á pagarse la pensión que es objeto de la demanda;

2º Que por decreto de 14 de junio de 1905, el Presidente de la República declaró que el sargento mayor retirado, inválido relativo, don Luis Arturo Toro, se encuentra comprendido en el artículo 2º de la ley de 2 de febrero del referido año y en el artículo 3º de la ley de 22 de diciembre de 1881 y mandó expedirle cédula de retiro absoluto con invalidez relativa, con la pensión mensual de $ 105;

3º Que la citada ley de 2 de febrero de 1905 no hizo otra cosa que rehabilitar á los jefes, oficiales é individuos de tropa del Ejército y Armada favorecidos por la ley de 9 de enero de 1892 que no hubieran concurrido oportunamente á gestionar sus derechos para que pudieran hacerlo dentro del plazo de seis meses;

4º Que el motivo que tuvo en mira la ley de 9 de enero para conceder pensiones fué la invalidez, y ésta existía en los beneficiados al tiempo de su promulgación, por lo que debe entenderse que los favorecidos deben gozar de la pensión correspondiente desde el día en que dicha ley comenzó á regir;

5º Que del contexto de la ley de 2 de febrero de 1905 se desprende que la interpretación que se da á esa ley en el considerando precedente es la verdadera, puesto que ella, cuando trata de las pensiones de los militares del Ejército Presidencial, señala la época desde cuando deben gozarla y nada dice al respecto en cuanto á los agraciados por la ley de 9 de enero de 1892, á quienes rehabilita para jestionar sus derechos; y

6º Que dado lo expuesto en el considerando 1º es competente la justicia ordinaria para resolver el asunto promovido en la demanda.

Se confirma la sentencia apelada de 9 de noviembre último.

Redactada por el señor Ministro Donoso V. —*Luis R. Mora.—E. Donoso V.—Darío Benavente.*

El Director del Tesoro en representación del Fisco ha interpuesto recurso de casación en el fondo contra esta resolución.

Y formalizando el recurso, dice que el fallo es casable por infracción de las siguientes disposiciones legales:

1ª Art. 73, inc. 11, de la Constitución Política del Estado.

Según este artículo, es atribución especial del Presidente de la República conceder jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos.

En consecuencia, sólo el Presidente de la

República es competente para declarar el derecho al beneficio de la invalidez; y si es cierto que debe proceder con arreglo á las leyes, no lo es menos que la apreciación de esas leyes para los efectos de dictar la resolución correspondiente es de la exclusiva competencia de la autoridad á quien incumbe expedir el fallo.

Al resolver la sentencia recurrida que se paguen las pensiones desde la fecha en que comenzó á regir la ley de 9 de enero de 1892, cuando el decreto supremo que concedió el beneficio dispuso que se pagaran solo desde el 2 de febrero de 1905, se ha desconocido esa facultad exclusiva del Presidente de la República y violádose el precepto constitucional de que se trata;

2ª Art. 151 de la misma Constitución del Estado, que prohibe á toda magistratura ó persona atribuirse ni aún á pretesto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad ó derechos que los que expresamente les hayan sido conferidos por las leyes.

Su contravención produce nulidad.

La Corte de Apelaciones se ha arrogado facultades que no le corresponden ó invadido las que son propias ó peculiares del Presidente de la República, inficionando por esta causa de nulidad su fallo;

3ª Art. 4º de la ley de 15 de octubre de 1875, conforme al cual el poder judicial no puede mezclarse en las atribuciones de los otros poderes públicos, ni en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.

Al modificar la Corte de Apelaciones en su sentencia el decreto que concedió el retiro, por estimar que este último no aplicaba correctamente la ley, se ha mezclado en las atribuciones señaladas á otros poderes públicos, quebrantando así la disposición del artículo 4º de la ley referida;

4º Ley de 2 de febrero de 1905.

La sentencia reclamada, violentando el tenor literal y el sentido claro de esta ley, ha hecho una diferencia, que ella no consiente, entre los individuos del Ejército Presidencial y los individuos del Ejército Constitucional, para declarar que los segundos tienen opción á sus beneficios desde el 9 de enero de 1892, miéntras que los primeros solo pueden reclamar esos beneficios desde la fecha de su promulgación.

En el escrito de fundación del recurso se se vuelve sobre este mismo orden de consideraciones, agregando, al tratar de la primera causal, que la doctrina que sostiene el recurrente "no es una novedad en nuestra jurisprudencia, porque durante largos años V. E. se ha declarado incompetente para conocer en estas causas, y solo últimamente se ha venido á romper esta tradición uniforme en algunas resoluciones expedidas por la Iltma. Corte de Apelaciones".

Respondiendo á estas observaciones, la parte de don Luis Arturo Toro solicita que se deseche el recurso por improcedente y por no hallarse ajustado á la ley.

El Código de Procedimiento Civil define con claridad y precisión lo que es casación en el fondo y lo que es casación en la forma.

El recurso de casación en el fondo, dice el artículo 940, tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley y siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Para que haya casación en el fondo se requiere que se haya infringido una ley decisoria de la litis.

El recurso de casación en la forma, según el artículo 941, ha de fundarse precisamente en algunas de las causales siguientes:

"1º En haber sido la sentencia pronunciada por un tribunal incompetente".

Ahora bien, todas las disposiciones constitucionales ó legales que supone violadas el recurrente, se refieren á la competencia del Tribunal.

El reclamante afirma que se han violado todas las leyes que establecen la incompetencia del Tribunal para conocer en este negocio

Se alega, en consecuencia, la primera de las causales indicadas en el artículo 941 como motivo de casación en la forma.

Y si todas las causales invocadas, admitiéndolas como efectivas, constituían solo vicios de forma, es claro que el recurso de fondo que, fundado en ellas exclusivamente, se trae ante la Corte Suprema, debe declararse improcedente.

Entrando en seguida á estudiar el recurso por otro aspecto, sostiene esta parte que no se trata de desconocer la facultad constitucional que tiene el Presidente de la República para conceder cédulas de retiro, sino sencillamente de establecer desde qué fecha debe pagarse la pensión declarada en la cédula otorgada por aquel funcionario.

La cédula fué expedida y con ella adquirió el demandante un derecho de que no ha podido privársele sino por sentencia judicial.

El Presidente de la República ejerció su atribución constitucional, declarando el derecho de don L. Arturo Toro á la pensión acordada por la ley.

La demanda no ha tenido mas objeto que pedir el respeto al derecho adquirido por el demandante en virtud de aquella declaración y que, como tal derecho adquirido, no ha podido ser revocado por ninguna declaración posterior.

Examina en seguida esta parte la ley de 2 de febrero de 1905 para deducir que el artículo 1º de ella solo se refiere á los individuos del Ejército Presidencial, quienes solo tienen derecho á la pensión que les acuerda á contar desde la fecha en que se presentaren al Gobierno acogiéndose á los beneficios de la ley; miéntras que el objeto del artículo 2º ha sido rehabilitar á los jefes, oficiales é individuos de tropa del Ejército Constitucional que no hubiesen ejercitado oportunamente los derechos que les confiere la ley de 9 de enero de 1892, para reclamar dentro del plazo de seis meses el reconocimiento de los beneficios que esta última ley les concede.

Por consiguiente, rehabilitadas así las personas que formaron el Ejército Constitucional para la reclamación de los derechos que les acordaba la ley de 9 de enero de 1892, quedaban en aptitud de exigir que se les pagaran ó decretaran las pensiones desde la promulgación de dicha ley.

La Corte de Apelaciones al aplicar en este sentido la ley, no ha hecho más que ajustarse á las reglas de interpretación que consigna el Código Civil en el párrafo IV de su título preliminar.

Por lo demás, al declarar las pensiones á favor del señor Toro por el decreto de 31 de agosto de 1903, el Presidente de la República no ha ejercitado una atribución constitucional sino la facultad que le otorgó el artículo 35 de la ley de 22 de diciembre de 1881, el cual dispone: "concederá las pensiones que establece la presente ley procediendo conforme á la de montepío militar".

Esa facultad debía ejercerse en conformidad á los términos de la ley que la concedió.

Esta ley sólo toma el procedimiento de la de montepío, dejando en vigor todas las otras disposiciones de la ley de 22 de diciembre de 1881.

Contra la resolución del Presidente de la República que no se conforma á sus preceptos, la misma ley autoriza al agraviado para ocurrir ante la justicia ordinaria, como se manifiesta en el artículo 31, el cual establece que "las personas favorecidas por esta ley se reputarán como pobres para hacer valer los derechos que ella les confiere, sea ante la justicia ordinaria, sea ante la administrativa."

El caso contemplado en la ley de ocurrir ante los Tribunales de Justicia, no puede ser otro que el caso en que el Presidente de la República no declare la pensión que corresponde legalmente al interesado, ó no respete los derechos que éste tiene adquiridos.

Oído el señor Ministro á quien correspondió dictaminar en el recurso;

La Corte:

Considerando:

1º Que el fin y objeto de la demanda entablada por el sargento mayor don Arturo A. Toro contra el Fisco, es obtener que la pensión á que alude la cédula de retiro que figura en la primera página de este proceso, se le pague desde la vigencia de la ley de 9 de Enero de 1892, como en dicha cédula de retiro aparece decretado, y no desde la vigencia de la ley de 2 de febrero de 1905, que designa el Supremo Decreto de 14 de junio del mismo año;

2º Que la razón en que dicha demanda se funda es la manifiesta incompetencia del Presidente de la República para dejar sin efecto primero y modificar después, en los términos que expresa el último de esos decretos, los

derechos que, concernientes al retiro del demandante, le confirió la mencionada cédula, ó sea, el decreto de 31 de agosto de 1903;

3° Que, por lo tanto, el punto de derecho que principalmente se controvierte como litigioso en este pleito, consiste en definir si los decretos posteriores al que constituye la propia cédula de retiro, han podido menoscabar los derechos que dicha cédula, ó sea, el decreto de 31 de agosto ha establecido en pro del sarjento mayor demandante, don Luis A. Toro.

4º Que fijado en estos términos el debate, el Tribunal sentenciador ha tenido presente para resolverlo las disposiciones constitucionales y legales que rigen la concesión del retiro de los militares y regula el modo en que ha de pagarse la pensión correspondiente, invocando en primer término el artículo 73 (82) de la Constitución del Estado, que estatuye en su número 11, como atribución especial del presidente de la República, la facultad de conceder jubilaciones, retiros y licencias y goce de motepíos con arreglo á las leyes.

5º Que declarado el retiro de un militar por el Presidente de la República, á quien según el precepto del Código Político que se acaba de citar, privativamente corresponde la decisión de este asunto, el decreto que tal declaración establece puede reputarse como un fallo jurídico, desde que decide derechos ciertos y positivos en favor de una determinada persona por haberse justificado que legítimamente le corresponden.

6º Que cumplidos los requisitos y solemnidades exigidos por las leyes para que el militar favorecido por el retiro entre en posesión ó dominio de los derechos declarados á su favor, tales derechos, por la propia virtualidad de ese acto de dominio ó posesión, se incorporan á los bienes patrimoniales del militar retirado.

7º Que del dominio de esos bienes ni de una parte de ellos por pequeña que sea, ó del derecho que á ellos tuviere puede ser privado el militar que ha obtenido la concesión del retiro, según el número 5º del artículo 12 del mismo Código fundamental, que asegura á todos los habitantes de la República, sin distinción de personas naturales ó legales, la inviolabilidad de todas sus propiedades, en los términos referidos, salvo el caso de sentencia dictada por los Tribunales de Justicia ó de expropiación por causa de utilidad del Estado.

8º Que importando el decreto de 14 de junio de 1905 la privación de parte de los derechos reconocidos por el de 31 de agosto de 1903 á favor del sargento mayor demandante, aquel decreto no ha podido afectar los intereses y derechos anteriormente adquiridos por dicho demandante, sin que preceda una sentencia judicial que así lo decida, ú ocurra el caso de expropiación por causa de utilidad del Estado de que trata el considerando precedente.

9º Que al declararlo así la Corte de Apelaciones de Santiago en la sentencia recurrida no contraviene á los principios y reglas constitucionales y legales que aduce como infringidas el recurso, sino que, al contrario, se ajusta en sus términos y decisiones á lo dispositivo de ellos; y ha hecho, por consiguiente, recta aplicación de sus preceptos.

Con arreglo á estas consideraciones, a las leyes que en ellas se citan y á lo dispuesto por el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar al recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco contra la ejecutoria de 5 de Mayo último.

Acordada contra el voto del señor Aguirre Vargas que opinó se diera lugar al recurso por cuanto, á su parecer, los Tribunales de Justicia no son competentes para rever ni modificar de modo alguno las resoluciones dictadas por el Presidente de la República en materia de retiros, licencias, jubilaciones y montepíos que le están privativamente atribuidos en el número 11 del artículo 73 (82) de la Constitución Política y en virtud de lo cual declaró el retiro de que reclama el recurrente.

Redactada por el señor Presidente Rodríguez.— *Leoncio Rodríguez.— Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo — V- Aguirre Vargas. — E. Fóster Recabarren.— A. Vergara Albano.*

———

Cas. en el fondo.—31 de mayo de 1907.

Tudela con Jara

Causal de casación. — Fundamentos nuevos. - Apreciación de los hechos. —Tribunal sentenciador; facultad privativa.—Reivindicación.— Dominio.—Escritura pública; fuerza probatoria.—Prueba.—Querella de despojo.

DOCTRINA:—*Las cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y que por primera vez se invocan al formalizar el recurso de casación, no pueden dar fundamento á causales de casación.*

Los hechos establecidos por la sentencia recurrida como resultado de la apreciación de la prueba deben servir de base inamovible para la resolución del recurso de casación en el fondo.

La apreciación de la fuerza probatoria de una escritura pública hecha por el tribunal sentenciador para el efecto de establecer el dominio del demandante sobre un inmueble y aceptar la acción reivindicatoria interpuesta, y la apreciación de los demás medios de prueba producidos en el juicio para justificar que la persona que vendió ese inmueble al demandante había sucedido inmediatamente á su causante en el dominio y posesión legal de él, constituyen hechos de la causa que el tribunal sentenciador establece de un modo inamovible en uso de facultades que le son privativas.

Don José María Tudela, vencido en un interdicto que entabló en su contra don Luciano Jara, sobre despojo violento de un terreno, dedujo demanda como acción ordinaria exponiendo en ella: que los antecedentes que sirvieron de base á la querella de despojo son inexactos; pues lo cierto es que en el lugar denominado Villaseca existe una propiedad que desde sesenta y más años atrás, perteneció á su suegro, don Evaristo Cortés, quien, años antes de morir, la dividió entre sus hijos; que una de las hijuelas en que ese predio fué dividido, de cabida de 48 varas de frente por más de cuadra y media de fondo, fué asignada á doña Marcelina Cortés, quien la poseyó algún tiempo y después vendió la mitad de ella ó sea 24 varas de frente y todo el fondo, á don Ramón López, y poco después vendió al mismo un pedazo á los pies del sitio que ella —la señora Cortés—se había reservado; y mantuvo su dominio en el resto, esto es, un una porción de terreno de 24 varas de frente por 123 varas de fondo; que después del fallecimiento del citado López, fué enajenado el terreno comprado por éste á la señora Cortés ante el compromisario don Manuel Vargas y lo adquirió don Valentín Castillo, quien á su vez lo vendió á don Luciano Jara; que entre tanto, doña Marcelina Cortés siguió poseyendo tranquilamente y sin interrupción el terreno que se reservó, viviendo en la casa que en él había construido; que á la muerte de esta señora, le sucedió su hija legítima doña Ceferina Inostroza y Cortés, la que vendió al demandante el aludido terreno, según la escritura pública inscrita que presenta; que antes de esta venta, la Inostroza dió en arrendamiento el terreno á varios, siendo el último arrendatario don Luciano Jara por el término de un año contado desde el 1º de junio de 1900 y que terminó en igual día y mes de 1901; que durante este tiempo, Jara destruyó un cerco que servía de cerramiento y deslinde de los dos predios, esto es, del que Jara había comprado á Castillo y del que le arrendaba la señora Inostroza, según ya se ha dicho, si bien quedan vestigios de la línea por donde ese cerco pasaba; que, así que compró el terreno á esta señora el demandante, vió á Jara para pedirle la entrega de él, á lo que éste accedió y se verificó el hecho tomando Tudela la posesión y procediendo, desde luego, á enmaderar los parrones, á plantar viña, limpiar el suelo y hacer otros trabajos; que Jara le propuso comprarle una porción del mismo terreno de 2 varas de frente por todo el fon-

do; pero que ocho días después Jara volvió á posesionarse en el predio, diciéndole que no lo aceptaba por dueño; que en tal situación, pidió posesión judicial del terreno y se le concedió, que Jara la aceptó y declaró que era arrendatario; y que sólo mucho más tarde se opuso Jara á esa posesión fundándose, no en que el terreno fuese suyo, sino en que se le quitaba una parte del suyo en el punto en que ambos predios deslindan.

Agrega el demandante: que la exposición hecha demuestra que es dueño del terreno demandado, á virtud de que su vendedora lo había adquirido por herencia y por prescripción; y que su título se encuentra inscrito, que Jara no ha tenido jamás la posesión de esa propiedad y sólo ha sido mero tenedor de ella como arrendatario; que no ha despojado á Jara ni violenta ni pacíficamente; y es falsa, por tanto, la querella que por despojo dedujo contra el exponente.

Termina don José María Tudela solicitando se dé lugar á su demanda, haciéndose las siguientes declaraciones: "1º declaración de su dominio y posesión legal; 2º pago de todos los frutos que hubiera producido y que pudiera producir la propiedad, que no pueden estimarse en menos de $ 100 anuales; así como de los demás perjuicios que se le hubieran causado y se le causasen; y 3º devolución de las costas de la querella y pago de las que se le causasen en este juicio; todo sin que obste á las acciones penales que procedan contra Jara y contra los testigos que faltaron á la verdad."

Don Luciano Jara, contestando la demanda dice: que debe ella ser desechada con costas; que tal demanda se hace consistir en que es falsa la querella que dedujo contra el demandante y en que corresponde á éste el dominio y posesión legal de la propiedad que en la demanda se menciona; que doña Marcelina Cortés dejó dos hijas, por lo que sería del caso preguntar si se ha hecho partición y á quien se han adjudicado los bienes de dicha señora; que sin que acredite esto el demandante, no le reconoce personería para gestionar por los derechos que correspondían á la señora Cortés; que él está en posesión del terreno que en parte se le disputa como comprador de don Ramón López, quien lo hubo de doña Marcelina Cortés, según los títulos que presenta; que en la otra parte de dicho terreno él era y es arrendatario de las dos hijas que se decían de doña Marcelina Cortés; que la querella fué por tanto legítima y que si el demandante acreditase algún derecho al terreno que el exponente tenía como arrendatario, llegaría el caso de proceder á deslindarlo de la parte de que el mismo exponente es propietario.

Termina reconviniendo al demandante para que se le abone los perjuicios en que fué condenado en la querella, perjuicios que debían ser estimados por el juzgado, oyendo el dictamen de un perito.

En la réplica Tudela reproduce las razones expuestas en la demanda alegando que puesto que Jara no se pretende dueño del terreno demandado, sino simple arrendatario, no pudo entablar querella de despojo ni puede ahora entrar en cuestiones de dominio. Pide también se deseche la reconvención por ser ella falsa cuanto improcedente.

Duplicando el demandado hace una narración circunstanciada de como se ha ido sucediendo la posesión y dominio del terreno demandado, desde doña Marcelina Cortés adelante, y concluye diciendo: que de su exposición se deduce que doña Marcelina Cortés murió sin que estuvieran esclarecidos sus derechos, ni constituída su sucesión; que Ceferina Inostroza no es la única dueña de la propiedad de que Tudela se dice comprador, y que él tuvo perfecto derecho para querellarse por despojo violento, que fué suficientemente comprobado.

La causa se recibió á prueba, y se produjo por las partes la que corre en autos.

Se alegó de bien probado y se citó para sentencia. El juzgado de Buin, con fecha 10 de octubre de 1903 resolvió:

Considerando:

1º Que el contexto de las peticiones de la demanda, demuestra que la acción entablada por el demandante es la reivindicatoria ó de dominio, y el pago de las correspondientes prestaciones;

2º Que las partes derivan los derechos en litigio, de los que doña Marcelina Cortés te-

nía, como dueña, en un sitio de 48 varas de frente por más de cuadra y media de fondo situado en el lugar denominado Villaseca, subdelegación de Linderos de este departamento;

3º Que según consta de las escrituras que se registran, doña Marcelina Cortés vendió á don Ramón López como cuerpo cierto y bajo deslindes determinados dos porciones de aquel sitio; porciones que fueron las mismas que compró á la sucesión del citado López, don Valentín Castillo, y las mismas que Castillo vendió á don Luciano Jara.

4º Que consta igualmente de autos que la señora Cortés se reservó otra porción de dicho sitio, de 23¼ varas de frente, por 123 de fondo, la que poseyó hasta su fallecimiento; y que habiéndole sucedido inmediatamente en ese bien raíz su hija legítima, doña Ceferina Inostroza, lo vendió ella, también como cuerpo cierto y con deslindes determinados, á don José María Tudela, según la escritura.

5º Que de la prueba rendida por el demandante, aparece que el demandado don Luciano Jara, mientras tenía la porción de terreno mencionada en el considerando anterior, á virtud de un contrato de arrendamiento celebrado con la señora Cortés, destruyó el cerco que señalaba la línea divisoria entre este predio y el contiguo de que el enunciado Jara era dueño.

6º Que con la escritura inscrita que se registra, el demandante ha probado ser dueño del terreno que se determina en la demanda; y que el demandado ha confesado, absolviendo la segunda posición del pliego, que él es mero arrendatario de dicho terreno; hecho que todavía ha quedado corroborado con el certificado.

7º Que tales antecedentes no habilitaban á don Luciano Jara para entablar acciones posesorias ni para discutir el dominio del terreno de que se habla.

En mérito de estas consideraciones y juzgando con arreglo á lo prescrito en los artículos 1698, 889, 893, 904 y 907 del Código Civil; y 167, 193 y 715 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar á la demanda; y en consecuencia: primero, que don Luciano Jara debe entregar al demandante el terreno que se determina en ella, en el término de tercero día después que cause ejecutoria esta sentencia; segundo, que el demandado debe abonar al demandante, conforme á derecho, los frutos percibidos desde la contestación de la demanda, debiendo oir el juzgado para la fijación del monto de ellos, el dictamen de un perito; tercero, que debe también el demandado abonar las costas y perjuicios que el demandante justifique haber pagado y sufrido con motivo de la querella de despojo á que se ha hecho referencia; cuarto, que el demandado debe pagar las costas de este juicio; y quinto, que se desecha en consecuencia, la reconvención.

El demandante y el demandado son agricultores y vecinos de este departamento. - *B. Guzmán Campos.*

Apelada esta sentencia por el demandado, pidió en la expresión de agravios que se revocara el fallo y subsidiariamente que se confirmara con declaración: 1º que no ha lugar al abono de frutos; 2º que tampoco ha lugar al pago de las costas y perjuicios á que se refiere la resolución tercera de la referida sentencia; y 3º que no ha lugar igualmente al abono de las costas del presente juicio.

La Corte falló:

Santiago, 31 de mayo de 1904. Vistos: se confirma con costas también del recurso, la sentencia apelada de 10 de octubre del año último.—*A. Vergara.—A. Montt.—E. Castillo.*

Contra este fallo, el demandado don Luciano Jara interpuso recurso de casación en el fondo, con el certificado de privilegio de pobreza para litigar en este juicio que corre en autos.

Al formalizar el recurso expone: que la sentencia recurrida ha aceptado la acción reivindicatoria interpuesta por Tudela, que deriva su derecho de compra á doña Ceferina Inostroza á quien supone heredera de doña Marcelina Cortés, que fué dueño de los terrenos del dominio actual del exponente y de los que reclama el demandante; que ha negado que la Inostroza haya sido heredera de la Cortés y el demandante no lo ha justificado y tampoco ha justificado que hubiere obtenido la posesión efectiva de la herencia de la

señora Cortés, sin la cual la señora Inostroza no pudo disponer de los efectos hereditarios; que aunque el demandante pudiera hacer valer la escritura, como el terreno que indica ese documento es parte del que perteneció á la señora Cortés y está indiviso con otras partes que pertenecen al demandado, habría debido ordenarse su mensura para entregarle los metros que determina la escritura y que estas alegaciones demuestran que se han infringido en la sentencia recurrida los artículos 889, 893, 588, 686 y 688 del Código Civil.

Al fundar el recurso reproduce lo ya relacionado.

La parte recurrida responde y alega: que el recurso pretende nuevos juzgamiento sobre el mérito de los antecedentes probatorios del juicio, materia que no es propia de la casación, que debe partir de los hechos que se dan por admitidos en la sentencia recurrida; que el título de dominio por él presentado está inscrito y por lo tanto importa la tradición legal con arreglo al artículo 686 del Código Civil; que Jara, como arrendatario, no pudo prentender ni discutir el dominio de la señora Cortés que vende en la recordada escritura inscrita, ya que no tiene interés en averiguar el dominio que tuvieran sus antecesores; que tampoco tiene objeto práctico la investigación sobre si la señora Inostroza solicitó la posesión efectiva de la herencia de su madre, pues si la ley quiere que se obtenga esta posesión, no lo ordena de un modo terminante, ni impone pena para el heredero que no la solicita; que, con ó sin posesión efectiva, serán válidas las ventas que hagan los herederos de los inmuebles de la sucesión y no sería un extraño quien pudiera, por ese motivo, hacer suyos los bienes que á ésta correspondieran; y, por último, Jara no es ni pretende ser dueño de la propiedad que se reivindica; que en lo relativo á que la sentencia ordene entregar una propiedad con cierto número de varas de frente y de fondo siendo que de la antigua propiedad de la señora Cortés debe agregarse las porciones vendidas anteriormente, no se ha citado el precepto legal que se suponga infringido y ello sería indispensable porque lo manda la ley y no se trata de una tercera instancia; que además en la demanda y en la sentencia no se hicieron tales determinaciones; se pidió en la primera y se ordena en la segunda la entrega de un sitio con determinados deslindes. Concluye pidiendo se deseche el recurso con costas; y pide estas últimas porque entiende que el recurrente ha abusado del privilegio de pobreza que le fué concedido.

Oído el dictamen correspondiente de uno de los señores Ministros del Tribunal,

La Corte:

Considerando:

1º Que en la sentencia recurrida al confirmar en todas sus partes la de primera instancia, el tribunal de la apelación, en ejercicio de la facultad privativa que reconocen los artículos 958 y 977 del Código de Procedimiento Civil, ha fijado con arreglo á derecho la fuerza probatoria de la escritura pública inscrita compulsada, y de los demás medios de justificación producidos en el juicio y ha establecido por hechos de la causa que doña Ceferina Inostroza y Cortés sucedió inmediatamente á su madre legítima en el dominio y posesión legal del inmueble que como cuerpo cierto y con deslindes determinados vendió á don José Tudela;

2º Que con tales antecedentes, la sentencia reclamada ha aplicado con oportunidad y no ha infringido las disposiciones de los artículos 889 y 893 del Código Civil que el fallo cita y que el recurrente supone contrariados; y mucho menos ha infringidó el artículo 588 del mismo Código, el cual no consigna la resolución cofirmada, sin duda, por haberlo estimado sólo remotamente aplicable;

3º Que la alegación acerca de la procedencia y derivación del dominio de la vendedora á Tudela indicando que ésta no obtuvo, antes de vender, la posesión efectiva de la herencia de doña Marcelina Cortés, presentada para desconocer el valor legal de la escritura pública inscrita que exhibió el demandante y para decir que se han infringido los artículos 686 y 688 del Código Civil, sólo se ha hecho

valer en la formalización del recurso y no fué discutida en el juicio; y

4º Que por esta circunstancia, sobre tal alegación ó defensa no resolvió ni pudo resolver el tribunal sentenciador y no puede calificarla el tribunal de la casación.

Visto también lo dispuesto en los artículos 940, 945 y 973 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo interpuesto por don Luciano Jara contra la sentencia de 31 de mayo de 1904.

Redactada por el señor Ministro suplente L. Vial Ugarte.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.— E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.—L. Rodríguez.—L. Vial Ugarte.*

Apelación.—Improcedencia.—11 de junio de 1907

Saavedra con Castellón

Casación.—Improcedencia —Sentencia interlocutoria.— Curador; juicio de remoción.— Curador interino.

DOCTRINA:—*Es improcedente el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia que recae en un incidente sobre el nombramiento de curador interino para mientras pende el juicio de remoción del propietario, porque tal sentencia no es definitiva ni interlocutoria que ponga término al juicio ó haga imposible su continuación* (*Doctrina Corte Suprema*).

Es deber del juez y no mera facultad discrecional el nombrar curador interino para mientras pende el juicio de remoción del propietario, siendo éste excluído por aquél, y este deber se extiende á todo género de tutelas ó curatelas y á todo juicio de remoción de guardador. Por consiguiente, basta el hecho de la existencia de un juicio de esta especie, cualquiera que sea el derecho que asista al demandante, para que tenga cabida el nombramiento de guardador interino siendo innecesario el examen siquiera de los antecedentes del proceso que hagan más ó menos plausible la demanda (*Doctrina Corte Apelaciones*).

Don José del C. Saavedra, se presentó al Juzgado de Tomé pidiendo que se nombrara curador interino á las herencias yacentes de don Victorino Saavedra y doña Cármen Salas, y se funda en que don Juan Castellón, curador en propiedad de esas herencias, descuida en absoluto la administración de ellas, pues procura reducir á dinero las propiedades raíces, aunque sea en perjuicio de las herencias; todas las propiedades raíces se encuentran entregadas á la explotación de personas á quienes el curador desea favorecer, sin beneficio alguno para las personas á quienes, en definitiva, tengan que adjudicarse esas propiedades; los créditos personales no se cobran, sino haciendo arreglos ó transacciones abiertamente perjudiciales para los futuros adjudicatarios, y finalmente, los bienes de dichas herencias no se encuentran aún formalmente inventariados.

Don José del C. Zapata, por don Juan Castellón, pidió que no se diera lugar al nombramiento de curador interino para las espresadas herencias, por no ser efectivos los hechos espuestos por el señor Saavedra, y por las demás razones que enumera.

Don José del C. Saavedra pidió que se fallara el incidente sin más trámite y el Juzgado, con fecha 4 de diciembre de 1903, resolvió:

Teniendo presente:

Que no hay constancia alguna en autos de que sean efectivos los cargos hechos al curador don Juan Castellón, pues el demandante ni siquiera ha intentado justificarlos; y tomando en consideración, además, lo manifes-

tado por las partes, los documentos agregados á los autos, y lo espuesto en el auto de fecha 24 de abril de 1894, se declara que no ha lugar al nombramiento de curador interino que se solicita en el espresado escrito.—*M. A. Godomar.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago falló:

Santiago, 19 de junio de 1906.—Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la resolución apelada y teniendo presente:

1º Que, conforme al artículo 543 del Código Civil, debe nombrarse tutor ó curador interino para mientras penda el juicio de remoción del que ejerce la guarda, siendo éste excluido por aquél, salvo que sea ascendiente, desciendiente ó cónyuge del pupilo, en cuyo caso le es agregado el interino;

2º Que la disposición legal trascrita, clara en su sentido, no otorga una mera facultad discrecional al juez sino que le impone un deber, disposición que es de carácter imperativo y se refiere, según su tenor literal y el de los demás preceptos del mismo título, á todo gé- tutelas ó curatelas y á todo juicio en que se trate de remover un guardador;

3º Que, por consiguiente, basta el hecho de la existencia de un juicio de esta especie, cualquiera que sea el derecho que asista al demandante, para que tenga cabida el nombramiento de guardador interino en la forma indicada, y por lo mismo es innecesario el examen siquiera de los antecedentes del proceso que hagan más ó menos plausible la demanda;

4º Que hallándose en este caso el curador de las herencias yacentes de don Victorino Saavedra y doña Cármen Salas, á virtud del juicio de remoción promovido contra él por don José del C. Saavedra, procede de derecho la dación de un curador interino de dichas herencias para mientras penda el mismo juicio, curador que excluye al propietario don Juan Castellón; se revoca la aludida resolución de 4 de diciembre de 1903, y se declara que ha lugar al nombramiento de curador interino solicitado por el mencionado don José del C. Saavedra.

Redactada por el señor Ministro Bezanilla Silva. – *Darío Benavente.—José T. Marín.—A. Bezanilla Silva.*

Don Juan Castellón interpuso contra esta sentencia recurso de casación en el fondo. Al proveer este escrito de formalización, la Iltma. Corte resolvió:

Santiago, 5 de julio de 1900.—Vistos: teniendo presente que la resolución de 19 de junio pasado no es sentencia definitiva, ni interlocutoria que ponga término al juicio ó haga imposible su continuación, puesto que recae en un incidente sobre el nombramiento de curador interino para mientras pende el juicio de remoción del propietario; con arreglo á lo dispuesto en los artículos 941, 950 y 953 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisible el recurso de casación en el fondo deducido contra dicha resolución.—*Darío Benavente.—José T. Marín.—A. Bezanilla Silva.*

Apeló don Juan Castellón de esta resolución, y

La Corte

Suprema conociendo de la apelación, falló:

Santiago, 11 de junio de 1907.—Vistos: se confirma la resolución apelada de 5 de julio de 1906. Se aplica en favor del Fisco la cantidad consignada. — *Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete. — V. Aguirre Varas.—Leoncio Rodríguez.—J. Bernales.—O. Rodríguez.*

Cas. en el fondo.—13 de junio de 1907

García con Larraín v. de R. Carmela é Ilabaca

Procedimiento ordinario y sumario — Causal de casación.—Ley procesal.— Servidumbre.—Acueducto.

DOCTRINA:—*El haberse seguido en primera instancia en un juicio el procedimiento sumario y no el ordinario, podría*

dar motivo á un recurso de casación en la forma, pero no autoriza un recurso de casación en el fondo si la tramitación de que se reclama no ha influido de ningún modo en lo dispositivo de la sentencia recurrida y fué sancionada y aceptada expresamente por el recurrente.

En octubre de 1905, ante uno de los Juzgados de Letras de San Fernando, se presentó don Inocencio García, exponiendo: que tenía, entre otras propiedades en Chimbarongo, una de doña Leonor Zurita, al cual predio necesitaba llevar unas aguas que poseía el solicitante en el fundo denominado "La Turbina", y para ello necesitaba atravesar los fundos de don Tadeo Ilabaca y de doña Carmen Larraín, en su parte de cerro. Por este motivo, acogiéndose al procedimiento breve á que alude el artículo 837 del Código de Procedimiento Civil é invocando la urgencia del caso con motivo de los riegos, pidió se designara una audiencia próxima para nombrar un perito que entendiese en el avalúo de las indemnizaciones consiguientes, y para tratar de los demás asuntos relacionados con la construcción del referido cauce y con la conducción de las aguas.

Don Tadeo Ilabaca se opuso á esta petición alegando que dicho señor García era sólo arrendatario del fundo de doña Leonor Zurita, y que carecía por tanto del dominio sobre el inmueble que la ley exige para constituir una servidumbre de acueducto á su favor. Carecía, también, de aguas propias que llevar á ese fundo, pues las que indicaba el solicitante, correspondientes al fundo "La Turbina", las poseía en común con otras personas. Además, la solicitud era indeterminada, pues no expresa cuáles aguas de "La Turbina" se pretenden hacer pasar al fundo de la señora Zurita. Por fin, en el fundo del señor Ilabaca hay casas, patios, corrales, huertos, viña y jardines que están exentos de gravamen, y el señor García no había señalado tampoco por qué punto pretendió abrir el canal; lo que hace inaceptable su presentación.

Terminó suplicando se le tuviese por opuesto á las peticiones contrarias y presente en la respectiva audiencia lo que había indicado "para negar lugar con costas á lo solicitado por García, como igualmente al nombramiento de perito".

El comparendo tuvo lugar el 19 de octubre indicado, con asistencia sólo de don Inocencio García y en rebeldía de doña Carmen Larraín y de don Tadeo Ilabaca. El Juzgado dispuso que se recibiera á prueba la causa por el término legal, fijándose como puntos de prueba, los que expresa el acta respectiva, entre los cuales figuran el de que García era arrendatario de doña Leonor Zurita; el de que había cedido á esta señora una parte de las aguas que pertenecían al arrendatario en otro fundo; el de que para regar una parte del fundo arrendado era preciso conducir esas aguas por el predio de don J. Tadeo Ilabaca y doña Carmen Larraín; el de que la conducción debía hacerse al través de cerros, y no por huertos, corrales ni casas; y, por fin, el de que don J. Tadeo Ilabaca y la señora Larraín no se allanaban á dar las facilidades ordinarias para la construcción del acueducto.

Notificadas estas personas, el señor Ilabaca formó incidencia previa, para que el demandante (así dice la suma) aclarase unos puntos de prueba, etc.

Dijo en esa presentación el señor Ilabaca que la causa se había recibido á prueba y entre los puntos fijados para esta prueba por el juzgado, encontraba algunos tan indeterminados, que era presiso que "el demandante" los aclarase, á fin de que pudiesen los testigos prestar declaración.

Se trata del punto segundo, agregó, ó sea el rumbo que se pretende dar al acueducto. Debe el *demandante* indicar ese rumbo con la posible exactitud, y entonces, mis testigos dirán la efectividad de existir viñas ó huertos, corrales ó casas, por los puntos por donde pretende sacarse el acueducto.

"También debe decir de qué canal pretende sacar las aguas en "La Turbina", pues he dicho que son mías esas aguas."

Por un otrosí pidió se estendiesen los puntos de prueba al hecho de ser Ilabaca y García comuneros en las aguas con que se rega-

ba el fundo de este último y su derecho se hallaba limitado á la estensión de "La Turbina"

Estos puntos fueron aceptados en la audiencia que se verificó el 28 de octubre del citado año 1905, á la cual sólo concurrió el representante del misma señor Ilabaca.

Entre la prueba rendida se halla la escritura pública, en que al tomar en arriendo el fundo de la señora Zurita, don Inocencio García, para el riego de este mismo fundo, cedió á dicha señora la mitad de los derechos de agua que el arrendatario extraía de la toma existente en el fundo de don Alfredo Moya, y se obligó á construir un canal de una vara de ancho en el fondo, por vara y media en la superficie, para regar el potrero del cerro que existe en el fundo y que tiene diez cuadras más ó menos.

El mandatario Ilabaca dedujo despues solicitud especial para que se tuvieran presentes las consideraciones que allí hizo valer para desechar la demanda con costas.

En este escrito volvió á insistir en su oposición á la construcción del acueducto por los motivos antes alegados.

Tuvo lugar una inspección personal del juez, con asistencia de las partes en el lugar de la cuestión, y don J. Tadeo Ilabaca presentó contra el acta levantada, las objeciones del escrito, relativas al rumbo que don Inocencio García quería dar al acueducto.

El Juzgado de San Fernando, con fecha 7 de diciembre de 1905, resolvió:

Considerando:

Que en este caso se pide el nombramiento de un perito para verificar el justiprecio de las indemnizaciones relacionadas con la construcción de un acueducto de aguas del predio del demandante "La Turbina" al de doña Leonor Zurita v. de Cifuentes ubicado en el lugar de Chimbarongo de este departamento;

Que en orden á ese propósito el demandante ha comprobado la necesidad de la construcción, como que á ello se ha obligado, según así se desprende del contrato de arrendamiento acompañado, y ha indicado en forma más ó menos precisa la trayectoria del acueducto, diligencia de inspección ocular;

Que las excepciones opuestas por el demandado señor Ilabaca y que sirven de fundamento á su oposición, no pueden considerarse como legalmente aceptables, sea porque según se desprende de los términos del artículo 861 del Código Civil, la servidumbre de acueducto puede reclamarla todo el que tenga un interés propio en la heredad agena, cosa que ocurre en este caso, sea porque aparece determinado en autos el trayecto que va á recorrer el acueducto al atravesar la propiedad del señor Ilabaca, sea, en fin, porque en ese trayecto no existen casas, corrales, patios, huertos y jardines, que dependan de las primeras y que importen un obstáculo legal para su prosecución, pues la viña á que se refiere Ilabaca no se comprende en la enumeración taxativa del artículo 862 del Código citado y la huerta y chacra á que también se refiere, no la atraviesa sino que la recorre por uno de sus costados.

Por estos fundamentos y lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, se declara que ha lugar á la demanda, en cuanto las partes deben venir á la audiencia del quinto día hábil después de ejecutoriada esta resolución, á efecto de proceder al nombramiento de un perito con arreglo á la ley, con costas. —*José Astrosa.*

Dictada esta sentencia, presentó el mandatario de don J. Tadeo Ilabaca el escrito en que aludiendo, por primera vez, al procedimiento seguido en la causa, expresó, entre otras cosas, que ese fallo no resolvía nada sobre la constitución de la servidumbre, es decir, si al predio de mi mandante se le gravaba ó no con ella, materia que, por cierto, es de lato conocimiente; y terminó pidiendo se declarase que el nombramento de perito no puede ejecutarse mientras no quede á firme la sentencia apelada y que dicho nombramiento, cuando se verifique, es sin perjuicio de discutir en vía ordinaria si ha lugar ó nó á la constitución de la servidumbre de acueducto, ya que su ejercicio no puede venir mientra no se constituya.

Oída la parte contraria, el juzgado rechazó esta petición en el auto del 23 del mismo diciembre.

Estas dos resoluciones fueron confirmadas

sin variación, por la Corte de Apelaciones por medio del siguiente fallo:

Santiago, 31 de agosto de 1906.— Vistos: Se confirma la sentencia apelada de 7 de diciembre del año último.

Acordada por los señores Ministros Fernández, Donoso V. y Benavente, llamado este último á dirimir el empate producido en la primera vista de esta causa, contra el voto de los señcres Ministro Mora y Astorquiza, quienes estuvieron por revocar la referida sentencia y declarar sin lugar lo pedido por don Inocencio García en su solicitud, en virtud de los fundamentos que consignan en el libro de acuerdos.

Eliminando la cita del artículo 215 del Código de Procedimiento Civil, y con el mérito de lo resuelto en el recurso de hecho interpuesto por don José Tadeo Ilabaca contra el decreto que otorgó solo en el efecto devolutivo el recurso deducido en la diligencia, se confirma, con costas, el auto de 23 de diciembre del año próximo pasado.— *J. Alejo Fernández.— L. Mora V.— Dario Benavente.—J. Astorquiza.*

Para invalidar este fallo, dedujo el señor Ilabaca recurso de casación en el fondo, el cual se apoya exclusivamente en que tanto el juez de letras como la Corte de Apelaciones se han pronunciado en un juicio sumario sobre la constitución de una servidumbre que sólo habría podido establecerse mediante un juicio de lato conocimiento; con lo cual se han infringido los artículos 2º y 3º y 837, número 2º del Código de Procedimiento Civil.

Oido uno de los señores Ministros,

Teniendo presente:

1º Que el recurso de casación en el fondo se hace consistir en infracciones relativas á la tramitación que tuvo el juicio durante su primera instancia, pues el recurrente dice que, atendida la naturaleza de las acciones debatidas, debió seguirse el procedimiento ordinario señalado en los artículos 2º y 3º del Código respectivo, y no el sumario que indica el número 2º del artículo 837 del mismo cuerpo de leyes;

2º Que el vicio que se indica, que por otra parte fué sancionado esplícitamente por el reclamante, que aceptó esa tramitación; que rindió las pruebas que él mismo presentó conforme á esa ritualidad, y que aún solicitó audiencia verbal é inspección del lugar referido en la contienda; que dicho vicio, se repite, que habría motivado un recurso de casación en la forma que no se hizo valer, no autoriza la interposición del de fondo que se formaliza, si se atiende á que la tramitación de que se reclama, no ha influido de ningún modo en lo dispositivo de la sentencia de que se recurre.

Vistos los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha, con costas, el recurso de casación interpuesto. Se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.— *Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

———

Cas. en el fondo.—22 de junio de 1907

Marín con Garay y otro

Apreciación de los hechos. — Arrendamiento. — Derecho de retención del arrendador. — Procedimiento ordinario.—Reclamación oportuna. —Causal de casación.

DOCTRINA:—*El establecimiento de los hechos y la apreciación de la prueba corresponden privativamente al tribunal sentenciador.*

Si la sentencia recurrida establece que no se ha alegado ni justificado que el arrendador sea acreedor del arrendatario por precio ó indemnizaciones procedentes del contrato, estos hechos son inamovibles.

El derecho del arrendador para retener bienes del arrendatario sólo existe

cuando éste le es deudor del cánon ó de indemnizaciones procedentes del contrato.

No puede invocarse ante el tribunal de casación una infracción de ley fundada en no haberse tramitado un juicio con arreglo al procedimiento ordinario, si el recurrente se sometió á la tramitación dada por el juez de primera instancia sin reclamar ni hacer observación alguna.

———

Don Marcial L. Marín, en un cuaderno intitulado retención, agregado al expediente seguido por el mismo Marín con don J. Fidel Garay, sobre perjuicios, se presentó al Juzgado de la Serena en diciembre de 1905 y expuso: que usando del derecho conferido al arrendador por el artículo 1,942 del Código Civil, tenía retenidos de hecho á su arrendatario don Fidel Garay varios enseres y frutos del fundo Céres, de propiedad del recurrente; pero que habiendo Garay intentado retirar sigilosamente esos bienes sacándolos de noche del fundo, venía en pedir al Juzgado se sirviera decretar orden expresa de retención sobre todos los animales, frutos y muebles de cualquier especie de propiedad de Garay que quedasen en el fundo

Respondiendo don Fidel Garay al traslado que se le confirió, se opuso á la retención, alegando en resúmen que los bienes que Marín pretendía retener estaban vendidos ántes á don Adolfo Floto, según la escritura pública acompañada; que para la retención no había fundamento alguno, porque no existían perjuicios ni indemnizaciones que el arrendatario adeudase al arrendador; y que no era efectivo que alguna vez se hubiera decretado tal retención.

Tramitado el asunto como incidencia, se expidió por el Juzgado de la Serena, con fecha 22 de marzo de 1906, la siguiente resolución:

Vistos y teniendo presente:

1º Que de las escrituras públicas aparece que el 14 de octubre último don Adolfo Floto compró á don Fidel Garay todos los animales, enseres y siembras de papas que éste tenía en la hacienda Céres, quedando facultado para tomar la posesión material de ellos y que confirió mandato para la administración de los bienes comprados al mismo vendedor;

2º Que del cuaderno número 1,919 aparece que recién, dos días después, se prohibió judicialmente á don Fidel Garay celebrar actos ó contratos respecto de sus bienes;

3º Que no estando cosechadas las papas ántes de esa prohibición y no verificándose la tradición de frutos pendientes sino en el momento de separarse del suelo, la entrega de ellos no ha podido verificarse;

4º Que, en consecuencia, debe tenerse á don Adolfo Floto, como dueño de todas las especies compradas, ménos de las papas; y

5º Que el derecho de retención que en el artículo 1,942 del Código Civil se otorga al arrendador, es sólo sobre los bienes del arrendatario y para que sea eficaz, respecto de terceros, es menester que se declare judicialmente, artículo 696 del Código de Procedimiento, hágase como se pide en el escrito, únicamente respecto á la retención de las papas y ha lugar á la oposición, ménos respecto de dichas papas.—*A. de la Fuente.*

Apelada esta sentencia, la Corte de la Serena resolvió:

Serena, 2 de mayo de 1906.—Vistos: teniendo en consideración:

Que no se ha alegado, ni menos justificado, que el arrendatario sea deudor de precio, ó de parte de precio de la renta de arrendamiento;

Que tampoco se ha alegado ni justificado que el mismo contratante sea deudor de otras indemnizaciones provinientes del mismo contrato;

Que consta de la escritura pública que con fecha 14 de octubre próximo pasado, don Adolfo Floto, compró á don Fidel Garay las existencias y útiles de la hacienda Céres que en dicho documento se expresan, incluyéndose en esa venta las siembras de papas que había pendientes en la mencionada hacienda;

Que, en consecuencia, la referida siembra había dejado de pertenecer al arrendatario á la fecha de dictarse la medida precautoria, por cuanto ésta se decretó el 16 del aludido mes

de octubre, ó sea, dos días después de la fecha del contrato de compra-venta.

Por estos fundamentos, y de conformidad con lo prescrito en el artículo 1,942 del Código Civil, se confirma la resolución apelada de 22 de marzo último, con declaración de que ha lugar en todas sus partes á la oposición deducida por don Adolfo Floto en su escrito.

Redactada por el señor Ministro Navarro Ocampo.—*N. Carvallo.— Daniel Cádiz.— D. Navarro Ocampo.*

Contra esta sentencia don Marcial L. Marín interpuso recurso de casación en el fondo; y formalizándolo después de sostener su procedencia, alega las siguientes causales:

1ª Infracción del artículo 3º del Código de Procedimiento Civil, porque la oposición del señor Floto debió tramitarse con arreglo al procedimiento ordinario;

2ª Infracción del artículo 1942 del Código Civil que establece el derecho de retención á favor del arrendador, y que ha sido violado, porque el fallo recurrido, sin mediar la prueba requerida, ha considerado destruida la presunción de propiedad que dicho artículo establece;

3ª Infracción del artículo 1700 del Código Civil, porque la sentencia declara que la escritura de venta á Floto es prueba suficiente de la venta, cuando las declaraciones de ese instrumento no hacen fe contra el recurrente;

4ª Infracción del artículo 588 del Código Civil, que no reconoce como modo de adquirir una escritura pública sino la tradición de los bienes, la cual en este caso no se ha efectuado; y

5ª Infracción de los artículos 670 y 684 del Código Civil, porque la sentencia ha considerado como tradición bastante, en vez de la entrega efectiva, la simple facultad dada por el vendedor al comprador para efectuar la aprehensión material de las cosas vendidas, forma de tradición que sólo tiene cabida cuando se trata de cosas presentes.

Al fundar el recurso insiste en estas mismas alegaciones.

Por su parte, don Adolfo Floto respondiendo se estiende en refutarlas, rectificando los hechos aseverados de contrario, estableciendo los que á su juicio son verdaderos antecedentes de la cuestión, sosteniendo la justicia de la resolución impugnada, y rebatiendo cada una de las causales de casación.

Oído el dictamen de uno de los señores Ministros,

La Corte:

Considerando:

1º Que con la tramitación dada á la solicitud de retención, estuvo conforme don Marcial L. Marín, quien se sometió á ella sin reclamo ni observación alguna de su parte; de modo que ahora no puede invocarla como infracción del artículo 3º del Código de Procedimiento Civil ni aún como causal de casación en la forma;

2º Que la sentencia recurrida se funda, para negar la retención, en que no se ha alegado ni justificado que Marín como arrendador fuese acreedor del arrendatario Garay por precio ó indemnizaciones procedentes del contrato;

3º Que el establecimiento de los hechos y la apreciación de la prueba corresponden privativamente á los tribunales de la causa; por lo cual no es susceptible de ser alterada la declaración á que se refiere el considerando precedente;

4º Que establecido el hecho indicado, hay que aceptar, asimismo, como consecuencia legal necesaria, la de que no podía el arrendador Marín retener bienes del arrendatario Garay, ya que ese derecho sólo debe existir cuando el arrendatario sea deudor del arrendador por motivo del precio ó de indemnizaciones procedentes del contrato, con lo que se manifiesta que la sentencia recurrida no infringe el artículo 1942 del Código Civil; y

5º Que respecto de las causales 3.ª, 4ª y 5ª relativas á la enajenación de enseres y útiles del fundo arrendado, y fundadas en supuestas infracciones de los artículos 1700, 588, 680 y 674 del Código Civil no pueden ser invocadas por el recurrente desde que, establecido que no podía usar del derecho de retención, carecía también de interés y de acción para impugnar la indicada transferencia.

Visto también lo prescrito en los artículos

960 y 979 del Código de Procedimiento Civil se declara sin lugar, con costas, el presente recurso y se aplica al Fisco la cantidad de $ 300 consignada.

Redactada por el Ministro señor Aguirre Vargas.— *Carlos Varas.—Galvarino Gallardo.— Gabriel Gaete.— V. Aguirre Vargas.— Leoncio Rodríguez.—E. Fóster Recabarren. —J. Bernales.—O. Rodríguez.*

Cas. en el fondo.—15 de diciembre de 1906

Compañía de Gas de Quillota con Municipalidad de Quillota

Causales de casación. — Fundamentos nuevos.—Cuestiones no discutidas.— Nulidad absoluta; declaración de oficio.—Vicio manifiesto.— Prórroga de contrato.—Consentimiento. – Alegato; petición verbal.—Vista de la causa.

DOCTRINA:—*Las cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y respecto de las cuales, por consiguiente, no ha recaído resolución alguna en el fallo reclamado, no pueden dar fundamento á causales de casación.*

No constituye una infracción de ley el no haber declarado de oficio la sentencia recurrida la nulidad de un contrato, conforme á la petición que dice el recurrente formuló en estrados alegando verbalmente en la vista de la causa, si este vicio, en caso de existir, no aparece de manifiesto en el contrato mismo.

Si en un contrato para el alumbrado público de una ciudad se confirió á uno de los contratantes la facultad de aceptar, una vez terminado el plazo, un precio dado por cada luz y por el tiempo que estimare conveniente, y si la sentencia recurrida establece el hecho de que dicho contratante manifestó oportunamente al otro su voluntad de continuar por un nuevo término en las condiciones que fijaba el contrato, por lo cual éste debía considerarse renovado entre los contratantes no infringe esta sentencia el precepto del artículo 1437 del Código Civil por falta de consentimiento de las partes, porque ese consentimiento fué prestado por los contratantes en el primer contrato.

Don Ramón Garzo, por la sociedad anónima denominada "Compañía de Gas de Quillota", demandó á la Municipalidad de Quillota para que á su tiempo se declarara que esta última debe pagar á aquella Compañía el precio de $ 5 por cada luz de gas hidrógeno que hubiere consumido y consuma en adelante, á contar desde el 1º de diciembre de 1900; ó en subsidio para que se declare que ese precio debe ser el corriente; el cual se determinará en la forma ordinaria; bien entendido que serán de abono al Municipio las cantidades que hubiere pagado á cuenta desde el 1º de diciembre de 1900.

Funda las peticiones: en que el 30 de noviembre de 1900 terminó el contrato en virtud del cual la Compañía vendió á la Municipalidad el gas hidrógeno que aquella le proporcionaba para el alumbrado público de la ciudad; y en que desde el 1º de diciembre de 1900 la Compañía ha seguido suministrando el gas á la Municipalidad, sin que ambos contratantes hayan convenido en el precio de la cosa vendida y consumida ya por el comprador. Agrega: que si por no haber habido convenio en ese precio se sostiene que no hubo venta, no por eso la Municipalidad podría excusarse de pagar el valor de la cosa que ya no puede devolver por haberla consumido; que no ha llegado el caso de ejercitarse por la Municipalidad la facultad á que se refiere el número 2º del contrato; porque la Compañía no la ha requerido para que siga

comprando el gas por el precio de $ 3; que lejos de eso, antes de vencer el plazo de los quince años, la Compañía propuso á la Municipalidad en 14 de noviembre de 1900, la celebración de un nuevo contrato al precio de $ 5 por cada luz de gas, proposición que, después de haberla aceptado la Municipalidad, se retractó de ella y creyó más conveniente á los intereses locales hacer notificar por la vía judicial en 30 de noviembre de 1900 á personas que no tenían la representación de la Compañía, que la Municipalidad había acordado seguir usando del gas en la forma antes estipulada por otros quince años y por el precio de $ 3 por cada luz, y á su vez la Compañía hizo saber á la Municipalidad, en 9 de marzo de 1901, que en lo sucesivo la Compañía seguiría cobrando las cuentas de gas del alumbrado público á razón de $ 3 mensuales por farol, reservándose el derecho de cobrar el mayor valor de ese consumo desde que caducó el contrato, á razón de $ 5 mensuales.

Contestando don Eduardo Jiménez Caro, como tesorero de la Municipalidad de Quillota, pide el rechazo de la demanda con costas; porque la Municipalidad no debe pagar sino $ 3 por cada luz de gas hidrógeno que consuma, en virtud de lo acordado en la cláusula 2º de las obligaciones de la Compañía, que consta en el contrato corriente y de las demás diligencias y antecedentes que se han agregado. Dice además: que desde el 1º de diciembre de 1900 se han pagado varias cuentas al precio de $ 3 por luz, como lo probará.

Reconviene á la Compañía de Gas para que se le obligue á proporcionar luz conforme al contrato; es decir, cada luz con fuerza de doce velas estearinas; porque la que proporciona desde ántes del 1.º de diciembre de 1900 ha sido de menos de seis velas, pues dice que hay luces con las cuales á dos pasos de distancia nada se ve; todo bajo apercibimiento de $ 100 de multa por cada vez que infrinja la obligacion cuyo cumplimiento se reclama, y sin perjuicio de disminuirse el precio de la luz en proporción y según el informe de un perito nombrado en la forma ordinaria. Pide que se acceda á la reconvención, con costas.

En la réplica se reitera lo dicho en la demanda, y respecto de la reconvención se pide su rechazo, porque no hay contrato expreso que ligue á las partes, y porque la petición formulada depende de lo que se resuelva sobre si existe ó nó vigente el contrato primitivo, por otro período de 15 años.

En la dúplica se reitera lo dicho en la contestacion á la demanda.

Se recibió la causa á prueba, rindiéndose la que obra en autos.

Se oyó al ministerio público y se citó para oir sentencia, pronunciando el juzgado de Quillota, con fecha 10 de julio de 1903, la siguiente resolución:

Teniendo presente respecto de la demanda:

1º Que en la escritura pública de 21 de enero de 1884 se consignan los acuerdos preparatorios para la fundación de la sociedad anónima denominada "Compañía de Gas de Quillota" y las concesiones mutuas acordadas por la Municipalidad de Quillota en 29 de diciembre de 1883 con relación á dicha Compañía;

2º Que entre dichas concesiones ó acuerdos, aceptados por las partes, figuran entre otras las siguientes obligaciones: La Ilustre Municipalidad se compromete por el término de 15 años á colocar tantos faroles de gas como los que actualmente existen en las calles por donde la Compañía tienda sus cañerías; y la Sociedad por su parte se obliga: 1º á que durante los 15 años del contrato no cobrará más de $ 3 mensuales por cada luz de gas, debiendo ser esta de fuerza de doce velas estearinas, y 2º á que queda á voluntad de la Municipalidad, una vez terminado este contrato, aceptar ó nó por el tiempo que estime conveniente el precio de $ 3 mensuales por cada luz;

3º Que según se desprende de las estipulaciones ántes transcritas, se celebró un contrato de compra-venta de gas hidrógeno entre la Municipalidad de Quillota y la Compañía de Gas por el término de 15 años, al precio de $ 3 mensuales por cada luz de fuerza de doce velas estearinas; quedando á voluntad de la Municipalidad, una vez terminado el contrato de 15 años, aceptar ó nó el precio de $ 3 por luz, por el tiempo que ella estimase por conveniente;

4º Que, aun cuando no se determinó desde cuándo comenzaba á regir el contrato de 15 años, debe suponerse que la fecha de la vigencia debió ser desde que la Sociedad anónima Compañía de Gas de Quillota quedara legalmente instalada y diese principio á sus operaciones, á virtud del decreto que el Presidente de la República debió expedir conforme al artículo 434 del Código de Comercio;

5º Que no se ha establecido en autos la fecha en que la Compañía quedó legalmente instalada y dió principio á sus funciones; pero las partes están de acuerdo en que el contrato de 15 años terminó el 30 de noviembre de 1900;

6º Que consta de los autos que después de haberse cambiado entre la Compañía de Gas y la Municipalidad de Quillota las comunicaciones de fechas 14 y 24 de noviembre de 1900 respectivamente, en las cuales se hacían nuevas proposiciones para la celebración de otro contrato, don Eduardo Jiménez Caro, como tesorero de la Municipalidad pidió y obtuvo del Juzgado en 29 de noviembre de 1900, que se notificase al representante de la Compañía de Gas de Quillota ó á su administrador, que la Ilustre Municipalidad había acordado en sesión de la noche anterior seguir haciendo uso del gas en la forma estipulada en el contrato por el término de otros 15 años, aceptando el mismo precio de $ 3 mensuales por cada luz conforme á la estipulación segunda de las obligaciones de la Sociedad; notificación que se practicó el día 30 de noviembre de 1900 á don Eugenio Ariztía y á don Andrés Miller, personas que habían suscrito el documento, en representación de la Compañía de Gas, según en ella se expresa;

7º Que ajustándose al acuerdo municipal, notificado judicialmente á las personas ántes mencionadas, á la obligación contraída por la Sociedad y á la facultad otorgada á la Municipalidad por el contrato para aceptar ó nó á su arbitrio el mismo precio del gas por el tiempo que estimare conveniente, debe entenderse renovado ó prorrogado por otros 15 años el contrato de compra-venta en lo que respecta á la entrega del gas al precio de $ 3 mensuales por cada luz de fuerza de doce velas estearinas; puesto que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, sin que pueda invalidarse sino por mútuo consentimiento ó por causas legales; y debe ejecutarse de buena fe, obligando á las partes no sólo á lo que en él se expresa sino á todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación ó que por la ley ó la costumbre pertenezcan á ella;

8º Que en consecuencia, el cobro de $ 3 mensuales por luz que se hace en la demanda fundado en la terminación del contrato no es procedente, como tampoco lo es el que se hace en la petición subsidiaria.

Y teniendo presente respecto de la reconvención:

A) Que en el contrato se determina que cada luz debe tener una fuerza de doce velas estearinas;

B) Que se ha acreditado que la luz que suministra la Compañía demandante tiene una fuerza de seis luces, ó sea inferior á la estipulada en el contrato; y

C) Que los apercibimientos que se piden por la falta de cumplimiento de esta obligación no pueden ser decretados por la justicia ordinaria en la forma solicitada.

Visto lo dispuesto en los artículos 1698, 1793, 1545 y 1546 del Código Civil y 167 y 151 del Código de Procedimiento Civil se declara: 1º que no ha lugar con costas á la demanda y 2º que ha lugar á la reconvención sin los apercibimientos solicitados.—*E. Aspillaga.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Valparaíso, 30 de diciembre de 1903.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y los considerandos 1º, 2º, 3º, parte final del 5º, 7º y 8º de la sentencia de primera instancia y teniendo además presente;

Que para justificar el poder luminoso de un quemador de gas es menester una operación técnica cuya ejecución requiere los conocimientos respectivos y no consta que los dos testigos que declaran al tenor del interrogatorio posean esos conocimientos y hayan practicado aquella operación, por lo cual no puede atribuirse á sus declaraciones el mérito de prueba perfecta ni estimarse establecido

con ellas que los faroles del alumbrado público de Quillota tengan un poder luminoso inferior á doce velas estearinas.

Se confirma la referida sentencia de 10 de julio último, en cuanto niega lugar á la demanda, eliminándose la condenación en costas y se revoca en cuanto parcialmente acepta la reconvención y se declara que no ha lugar á dicha reconvención.

Redactada por el Ministro señor Bezanilla Silva.—*Braulio Moreno.—Luis Ignacio Silva.—Pedro N. Pineda.—A. Bezanilla Silva.*

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación en el fondo la Compañía de Gas por infracción de las disposiciones contenidas en los artículos 1445, 1461, 1467, 1478, 1801, 1554, 1682, 1683 y 1437 del Código Civil y 57 de la ley de municipalidades de 22 de diciembre de 1891.

Formalizando el recurso dice: que el abogado de su parte en el alegato en el día de la vista de la causa hizo presente que la estipulación que establecía que quedaba á la voluntad de la Municipalidad, una vez terminado el contrato, aceptar ó no por el tiempo que estimare conveniente el precio de $ 3 mensuales por cada luz, adolecía manifiestamente del vicio de nulidad absoluta, por lo cual la Iltma. Corte debió declararlo así, en virtud del precepto del artículo 1683 del Código Civil que ordena á los jueces declarar de oficio sin necesidad de petición de parte, tales nulidades.

La razón de esta nulidad consiste principalmente en la falta de determinaciones del objeto del contrato, requisito indispensable para su validez, según los artículos 1445 y 1461 del Código Civil. La cantidad de gas que la Compañía debía suministrar al Municipio no se fijaba de un modo cierto y preciso, pues quedaba su determinación á la voluntad del mismo Municipio en señalar el número de años por los cuales pudiera prolongarse el contrato, como quedaba también á su arbitrio prorrogarlo ó nó. De esta indeterminación del objeto nace su ilicitud y la nulidad consiguiente del contrato.

Entregando la renovación ó prórroga de la convención á la sola voluntad del Municipio y por el tiempo que fuere de su agrado, se creaba para la Compañía de Gas una obligación subordinada á una condición puramente potestativa, cual era esa voluntad no sujeta á traba ni limitaciones. El artículo 1477 del Código Civil denomina condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor ó del deudor, y, según el artículo 1478 son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga. Por tanto, es absolutamente nula la obligación contraída por la Compañía en el presente caso.

En el artículo 1881 el Código Civil, dispone que para que la venta se repute perfecta, es indispensable que las partes hayan convenido en la cosa y en el precio. La Compañía de Gas no ha convenido en la cosa con el Municipio, desde que ha faltado un factor esencial para determinarlo, cual era el del tiempo que debía durar el contrato prorrogado. Si la cláusula á que se ha referido no contiene una convención cierta y precisa sobre el objeto, no es posible sostener que haya habido un contrato perfecto de venta, que permitiese á la Municipalidad exigir su cumplimiento.

Podría decirse que si no ha habido venta perfecta en esa estipulación, por lo menos ha habido promesa de venta; pero en tal caso, el pacto sería igualmente nulo, puesto que no se han llenado todos los requisitos necesarios para su validez, conforme á lo dispuesto en el artículo 1554 del Código Civil; porque el contrato prometido es no sólo ineficaz sino nulo por falta de objeto lícito y por no haberse especificado, de tal suerte que sólo falte para su celebración la tradición de la cosa ó alguna solemnidad.

Además, el acuerdo de la Municipalidad para prorrogar el contrato, celebrado durante el imperio de la ley de 22 de diciembre de 1891, habría sido contrario á la prescripción del artículo 57 de esta ley, en virtud del cual esa corporación debió pedir propuestas públicas para la provisión del alumbrado de la ciudad; y por este motivo ese acuerdo habría sido igualmente nulo y no podría ser obligatorio para la Compañía de Gas.

Por último ese acuerdo de prórroga del

contrato debió notificarse á la Compañía de Gas antes del vencimiento del plazo de quince años, á fin de que pudiera surtir sus efectos; pues, de otro modo no habría habido el consentimiento recíproco de los contratantes, indispensable para que exista un contrato cualquiera, según lo dispuesto por el artículo 1437 del Código Civil. Esto no obstante, se ha dado valor á aquel acuerdo y en atención á él se ha considerado la Compañía de Gas obligada á respetar el contrato por un nuevo período de quince años.

Oído el dictamen de uno de los Ministros del Tribunal.

La Corte:

Considerando:

1º Que no han sido puntos debatidos en el juicio ni comprendidos en las decisiones contenidas en la sentencia recurrida los relativos á la nulidad absoluta del contrato celebrado entre la Municipalidad de Quillota y la Compañía de Gas, fundada en que faltan en la convención los elementos jurídicos necesarios para que existan obligaciones y el no haberse guardado al celebrarla las formalidades prescritas en el artículo 57 de la ley de 22 de diciembre de 1891, y de consiguiente no podrían servir de fundamento á un recurso de casación en el fondo, infracciones legales que se referirían á cuestiones respecto de las cuales no ha recaído resolución alguna en el fallo reclamado;

2º Que el no haber la sentencia declarado de oficio la nulidad del contrato conforme á la petición que dice el recurrente formuló en estrados alegando verbalmente en la vista de la causa, no constituye tampoco un quebrantamiento de la ley, pues dicho vicio, caso de existir, no aparecería de manifiesto en el contrato mismo;

3º Que en el contrato celebrado el 21 de enero de 1884 para el alumbrado público de la ciudad de Quillota por medio del gas hidrógeno, se confirió á la Municipalidad, que era uno de los contratantes, la facultad de aceptar, una vez terminado, el precio de $ 3 por cada luz y por el tiempo que estimare conveniente;

4º Que la sentencia recurrida establece el hecho que dicha Municipalidad manifestó oportunamente á la Compañía de Gas su voluntad de continuar por un nuevo término de quince años en el uso del gas en las condiciones que fijaba el contrato, por lo cual éste se ha considerado renovado entre los contratantes; no existiendo, por tanto, en la resolución que así lo declara, la infracción del artículo 1437 del Código Civil, fundada en la falta de consentimiento de las partes, necesario para que la obligación subsista, puesto que ese consentimiento fué prestado por los contratantes en el primer contrato.

Visto lo dispuesto en los artículos 970 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo interpuesto por la Compañía de Gas de Quillota en contra de la sentencia expedida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 30 de diciembre de 1903. Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada para este recurso.

Redactada por el Ministro Varas.—*Leoncio Rodríguez.* — *Galvarino Gallardo.* — *Gabriel Gaete.*—*V. Aguirre V.*—*Carlos Varas.*—*Abel E. Saavedra.*—*Fóster Recabarren.*

Cas. en la forma.—1º de diciembre de 1904.—Cas. en el fondo.—20 de diciembre de 1906

Curato de Lampa con Municipalidad de Lampa

Formalización de recurso.—Causales de casación; ampliación.—Plazo.—Apelación.—Costas.—Municipalidad; representación.—Fiscal.—Cosa juzgada.—Ultra-petita.—Apelación.—Desistimiento.—Fisco.—Director del Tesoro. Omisión de resolución del asunto controvertido.—Querella de amparo; contra-querella.—Parte agraviada.—Apreciación de los hechos.—Posesión.—Acción posesoria.

DOCTRINA:—*Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No procede, por tanto, la ampliación del recurso aunque ésta se haya formulado con los requisitos legales y dentro del plazo especial concedido por la ley para interponerlo* (1).

Tratándose de una apelación que incide en un recurso de casación, debe el que la pierde ser precisamente condenado al pago de costas, aunque se hayan emitido tres votos á su favor.

Apelada una sentencia por una Municipalidad, si ella no ha encomendado su representación á otras personas, corresponde ésta al Fiscal de la Corte, en conformidad al inciso 2º del artículo 193 de la Ley de Municipalidades.

Si este funcionario se limita á dar su dictámen opinando por la confirmación del fallo de primera instancia y la Corte lo revoca, esta sentencia no es nula por haber sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, porque el fallo de primera instancia carece de los requisitos legales para ser considerado como sentencia de término y porque, á mayor abundamiento, en este caso no tiene tal carácter por haberse hecho parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales y no haber manifestado opinión en el sentido que lo ha hecho el señor Fiscal.

No falla "ultra-petita" la sentencia por no haber solicitado nadie la revocación del fallo de primera instancia, si en el curso del juicio la Municipalidad sostuvo que la plaza, objeto de la querella, era un bien nacional de uso público y en

---

(1) Esta doctrina, que no nos parece ajustada á la letra ni al espíritu del artículo 948 del Código de Procedimiento Civil, ha sido acordada por cinco votos contra tres. Si bien es cierto que *interpuesto* el recurso, no puede hacerse en él variación de ningún género, también lo es que para *interponerlo* concede la ley un plazo fatal, de que la parte tiene el derecho de disponer íntegramente. Como lo dice el inciso 2.º del artículo 948, debe recaer la sentencia sobre las causales alegadas en *tiempo y forma*.

Si se aduce una causal de casación dentro del plazo que la ley concede para interponer el recurso, esta causal ha sido alegada en tiempo y forma y debe ser estimada aunque anteriormente, y dentro del mismo plazo, se hayan aducido otras.

El hecho de haber aducido el recurrente ciertas causales antes de la expiración del plazo no puede significar que renuncia al término que aún le queda para formalizar el recurso.

Tal hecho no importa una renuncia expresa ni tácita de dicho plazo que le otorga la ley. Renuncia expresa no la hay, y nada autoriza para sostener que hay renuncia tácita y por el contrario, el hecho mismo de que el recurrente dentro de ese plazo brevísimo pretenda hacer uso de su derecho, manifiesta elocuentemente que no fué su intención renunciar á él.

Si hubiera de aplicarse el criterio de la mayoría del tribunal á otros casos de procedimiento, forzoso sería sostener que la parte que al segundo día de ordenarlo el juez presenta minuta de puntos de prueba y lista de testigos, no puede, al cuarto día, ampliar esos puntos y señalar otros testigos aunque la ley le conceda cinco días con ese objeto, pues habría *renunciado tácitamente* á ese plazo; doctrina que no ha sido acogida por ningún tribunal de la República.

El propósito del legislador fué encerrar el recurso de casación en el marco de un formulismo bastante riguroso para hacer difícil su admisión y evitar que se adujera sin base ni fundamento alguno con el mero objeto de retardar el cumplimiento de la sentencia. Fijó al efecto la ley plazos fatales para el anuncio y la formalización del recurso y sancionó con la pérdida de éste la falta de observancia de esos plazos. Pero ya es bastante que la ley haya fijado con ese objeto plazos brevísimos y fatales y es innecesario que los tribunales pretendan cercenarlos aún más, rechazando las causales aducidas por el recurrente dentro de esos plazos que la ley le concede y de que no puede privársele, cuando ni tácita ni expresamente ha renunciado á ellos.

Interpuesto el recurso, no puede variarse, pero estimamos, como la minoría del tribunal, que él puede interponerse en uno, dos ó más escritos, siempre que las causales se aduzcan en el tiempo y forma debidos.—O. D. I.

segunda instancia se hizo parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales.

No puede sostenerse que la sentencia de la Corte ha sido dada en apelación legalmente desistida, si el dictamen fiscal no tiene por objeto el desistimiento, y aunque lo hubiera tenido, se hacía en todo caso necesario pronunciar sentencia por haberse hecho parte el Director del Tesoro.

No omite la resolución del asunto controvertido la sentencia de segunda instancia que, revocando la de primera que daba lugar á una querella sin pronunciarse sobre la contra-querella deducida por el querellado, se limita á rechazar la querella, si en este rechazo va envuelta implícitamente la aceptación de la contra-querella que no tenía más objeto que enervar la querella y si el fallo de primera instancia tampoco se pronunció expresamente sobre la contra-querella.

El recurso de casación sólo se da á la parte agraviada.

La apreciación de la prueba es facultad privativa del tribunal sentenciador y la Corte de Casación debe aceptar como irrevocablemente establecidos para la decisión del recurso, los hechos en que descansa la aplicación del derecho y fija como tales el tribunal sentenciador.

Establecido por los jueces de la causa el hecho de que el querellante no ha poseído tranquila y no interrumpidamente durante un año completo la plaza que es objeto de la querella, se impone el rechazo de ésta, porque no puede instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo.

———

El señor cura de Lampa interpuso querella de amparo contra el primer alcalde de la Municipalidad del mismo pueblo, diciendo que la parroquia á su cargo es dueña de una plaza anexa á la iglesia y en terreno en donde antes estuvo edificada la misma iglesia; que la plaza ha sido plantada por los curas que le han precedido en el cargo, y para cerrarla la cercaron el año 1874 con postes y alambres, encontrándose hasta ahora en el mismo estado; que las procesiones que se hacen para solemnizar el culto fuera de la iglesia tienen lugar dentro del recinto de la plaza; y que á pesar de estos actos de dominio y posesión el primer alcalde de la Municipalidad de Lampa ha empezado á cortar los árboles sin su consentimiento, corta que continúa haciendo á pesar de sus protestas, por lo cual, haciendo uso del derecho que le otorga el artículo 921 del Código Civil pidió que se le amparara en la posesión, condenándose al querellado en las costas, daños y perjuicios, para lo cual ofreció rendir la información correspondiente.

El primer alcalde, á su vez, entabló contra-querella, ofreciendo información de testigos, y pidió que se desechara la querella y se admitiera su contra-querella condenándose en costas, daños y perjuicios al querellante. Sostiene el primer alcalde que la plaza de la villa de Lampa es un bien nacional de uso público, de la cual está en posesión la Municipalidad desde tiempo inmemorial y niega que el curato de Lampa haya hecho los cierros que tiene la plaza.

Rendida la información ofrecida por ambos querellantes se pronunció sentencia de primera instancia, acogiendo la querella del curato de Lampa.

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago la revocó por medio de la siguiente resolución:

Santiago, 27 de octubre de 1903.—Vistos:

Reproduciendo la parte expositiva y el considerando 6º de la sentencia apelada, y teniendo presente:

1º Que de la propia confesión del querellante, al tenor de las posiciones, resulta establecido que la plaza que es objeto de la acción posesoria deducida por aquel es la única

que tiene el pueblo de Lampa; que la calle pública la circunda por todos sus costados y que estando cerrada con postes y alambre, tiene hace como veinte años, en sus esquinas, tornos de madera para su libre tráfico y acceso;

2º Que si bien está comprobado con las declaraciones de los testigos de ambas partes que la formación y arreglo de la plaza se debe á la iniciativa del párroco don Juan de Dios Salas, quien en el año de 1874, según la fecha apuntada por el querellante, tomó á su cargo la nivelación del suelo, la plantación de los árboles que hasta hoy existen en ese lugar y su cerramiento; consta también de la misma prueba testimonial que las obras de mejora ó arreglo se llevaron á cabo con el concurso del pueblo de Lampa y la cooperación de varios vecinos de la localidad;

3º Que de los mismos antecedentes probatorios ya citados aparece también que desde hace muchos años el cuidado y conservación de la plaza han estado confiados á la autoridad local del pueblo de Lampa, destinándose por ella á este efecto los fondos necesarios, lo que aparece en parte corroborado con la memoria presentada con mucha anterioridad á la iniciación de este juicio por el alcalde don Francisco Solano Bernal á la Municipalidad de dicho pueblo;

4º Que el querellante no ha probado que haya estado en posesión tranquila y no interrumpida de la plaza de Lampa un año completo; ni tampoco los actos que invoca como fundamento de la posesión que se atribuye, ó sea la celebración de procesiones en ese lugar, son de la naturaleza de los designados en el artículo 925 para que, en virtud de ellos, pueda darse acogida á la acción por él instaurada;

5º Que ejercitándose en este juicio una acción posesoria, sólo cabe discutir en él la posesión alegada por las partes; y, en consecuencia, el hecho que invoca el querellante de haber pertenecido la plaza de Lampa á la parroquia del mismo nombre antes de 1874, lo cual no comprueba por ningún título de dominio, no puede tomarse en cuenta en el juicio actual, atendido lo dispuesto en el artículo 923 del Código Civil.

Por estos fundamentos y visto lo dispuesto en los artículos 714 y 715 del Código de Procedimiento Civil y artículos 1698, 918 y demás ya citados del Código Civil, se revoca la sentencia apelada de fecha 23 de diciembre del año último; y se declara que no ha lugar á la querella de amparo instaurada por don José María Carreño, á quien se reserva su derecho para que lo haga valer en juicio ordinario y se le condena en las costas de la expresada querella.

Redactada por el señor Ministro Bernales. —*J. Bernales.—A. Vergara Albano —E. Donoso V.*

Contra esta sentencia interpuso el señor cura de Lampa, dentro del plazo legal, recurso de casación en la forma y en el fondo.

Formalizado el recurso, y dentro del plazo que la ley confiere al efecto, pretendió el recurrente ampliarlo.

La Corte de Apelaciones rechazó esta petición y habiendo apelado el recurrente,

La Corte resolvió con fecha 15 de octubre de 1904:

Vistos: Se confirma la resolución apelada de 26 de agosto de 1904, con costas del recurso.

Acordada contra el voto de los señores Ministros Palma Guzmán, Varas y Fóster Recabarren, quienes teniendo presente que la ampliación del recurso se formuló con los requisitos legales y dentro del plazo especial concedido por la ley para interponerlo, plazo al cual el recurrente no ha renunciado expresa ni tácitamente, y de acuerdo con lo prevenido en el inciso 2º del artículo 948 y artículo 67 del Código de Procedimiento Civil, fueron de parecer que se revocara la resolución apelada y se admitiera la causal de casación aducida. —*Gabriel Gaete.—José A. Alfonso.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo. —V. Aguirre V.—Carlos Varas.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.*

El recurrente pidió reposición de este fallo en cuanto lo condenaba al pago de costas, fundándose en el artículo 153 del Código de Procedimiento Civil y en haber sido acordada la confirmación contra el voto de tres de los señores Ministros.

La Corte con fecha 20 de octubre de 1904 resolvió:

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 960 del Código de Procedimiento Civil y tratándose de una apelación que incide en un recurso de casación, no ha lugar.—*Gabriel Gaete.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V. —Carlos Varas.—Abel Saavedra—E. Fóster Reçabarren.*

El recurrente fundó el recurso de casación en la forma en las siguientes causales:

1º En que según el artículo 93 de la ley de 22 de diciembre de 1891 las municipalidades son representadas en segunda instancia por el ministerio público, salvo en los casos en que la municipalidad acuerde encomendar su representación á otra persona; que no habiendo en autos antecedente alguno por el cual conste que la Municipalidad de Lampa haya confiado su representación á otra persona, debe entenderse que la intervención del señor Fiscal ha sido en representación de la municipalidad y que habiendo pedido este funcionario en su vista que se confirmara la sentencia de primera instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago no ha podido entrar á rever y revocar la sentencia de primera instancia aceptada por el señor Fiscal, por haber estado ambas partes de acuerdo en aceptar la resolución expedida, lo que hace que sea nula y casable la sentencia de la Corte de Apelaciones, pronunciada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, excepción que ha sido alegada oportunamente en el juicio;

2º Que esta misma circunstancia hace procedente el recurso de casación en la forma según el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, por haber sido dada ultra petita la sentencia de segunda instancia otorgando más de lo pedido por las partes ó extendiéndola á puntos no sometidos á la decisión del tribunal, pues nadie ha solicitado la revocación de la sentencia de primera instancia, sino que al contrario el señor Fiscal, representante de la parte que había apelado, pidió la confirmación de la sentencia por estimarla arreglada á derecho;

3º Porque con tal procedimiento del señor Fiscal puede estimarse que la Corte de Apelaciones de Santiago ha pronunciado sentencia en apelación legalmente desistida, pues la petición formulada por el señor Fiscal no equivale á otra cosa que á un desistimiento, lo que importa haber incurrido en la causal de casación contemplada en el número 8º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Sostiene todavía el recurrente que la sentencia de segunda instancia es casable en la forma, en conformidad al número 5º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, porque la sentencia revocatoria debía contener la decisión de todas las cuestiones controvertidas en el juicio, comprendiendo todas las acciones y excepciones que se hubieren hecho valer durante él; que las cuestiones sometidas al fallo judicial han sido dos, la querella del curato de Lampa y la contra-querella de la Municipalidad, y que habiéndose fallado por la sentencia recurrida únicamente la querella declarándola sin lugar, ha dejado sin pronunciarse sobre la contra-querella.

Concedido el recurso por la Corte de Apelaciones, el Director del Tesoro se presentó diciendo que se había hecho parte en el juicio, y que habiéndose extraviado ese escrito y providencia en que se accedía á su petición, se hiciera certificar por el secretario esa circunstancia. Ordenada esa certificación, expuso este funcionario, que aunque no recordaba haber visto esa solicitud, el hecho expuesto por el Director del Tesoro debía ser exacto pues que le había notificado por el estado el decreto de autos en relación y se le había remitido carta como consta de autos.

En el resto del juicio el Director del Tesoro fué notificado de las providencias recaídas en la misma forma que las otras partes.

Conociendo del recurso de casación en la forma:

La Corte

Considerando:

Que si bien el señor Fiscal representa en segunda instancia á las municipalidades, cuando estas corporaciones no han encomendado su representación á otras personas, según lo dispone el inciso 2º del artículo 193 de la Ley Orgánica de municipalidades, este funcionario se limitó á dar su dictamen opinando que

se confirmara la resolución de primera instancia, y sometiendo, por consiguiente, el asunto al fallo que debía pronunciar la Corte de Apelaciones;

Que esta opinión fiscal no es bastante como lo sostiene el recurrente, para considerar el fallo de primera instancia como una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, puesto que el mencionado fallo carece de todos los requisitos legales para ser considerado como una sentencia de término, sobre todo si se toma en cuenta que el Director del Tesoro se había hecho parte en representación de los intereses fiscales y que no había manifestado su opinión en el sentido que lo había hecho el señor Fiscal;

Que tampoco puede estimarse que la sentencia de la Corte de Apelaciones hubiera sido dada ultra-petita, por haber otorgado más de lo pedido en el curso del juicio ó extendiéndola á puntos no sometidos á la decisión del tribunal, porque en la contra-querella del primer alcalde, se sostuvo que la plaza era un bien nacional de uso público contradiciendo la posesión que alegaba el curato de Lampa, posesión que ha sido el fundamento de la querella y en interés de los bienes fiscales, se hizo parte en segunda instancia el Director del Tesoro, por lo que, y por no haberse probado la posesión tranquila y no interrumpida de la plaza de Lampa durante un año, la sentencia ha debido declarar sin lugar la querella;

Que tampoco puede considerarse como un desistimiento de la contra querella entablada por el primer alcalde el dictamen fiscal, pues no tuvo tal objeto como se ve por la redacción misma de la vista; y aún cuando hubiera tenido tal propósito, en nada influiría para los fines de la resolución, puesto que habiendo intervenido el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales se hacía necesario pronunciar un fallo que definiera las peticiones de las querellas;

Que no es procedente tampoco la causal de casación por no haber dado la sentencia recurrida un fallo concreto á la petición de la contra querella, puesto que ella tenía por objeto enervar la querella del curato de Lamma é impedir que se resolviera amparándolo en la posesión de la plaza, por lo cual no dando lugar á la querella, ha obtenido el primer alcalde una resolución favorable á su petición, pues tanto vale para los efectos de su gestión no dar lugar á la querella del curato, como dar lugar á la contra-querella;

Que la falta de pronunciamiento expreso sobre la contra-querella sería en perjuicio del alcalde de la Munipalidad á quien habría inferido agravio la sentencia, por lo que habría sido esta parte y no el curato de Lampa á quien correspondería interponer el recurso de casación;

Que la sentencia recurrida, al revocar la de primera instancia, se contrajo á rever la resolución de primera instancia que se limitó a dar lugar á la querella de amparo sin pronunciarse sobre la petición de la contra-querella.

En mérito de estos fundamentos, disposiciones legales citadas y artículo 760 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en la forma, interpuesto en el escrito.

Se aplica al Fisco la consignación que corresponde á este recurso.

Pase al tribunal pleno para el fallo del recurso de casación en el fondo.

Redactada por el señor Ministro Palma Guzmán.— *Gabriel Gaete.— José Alfonso.— J. Gabriel Palma Guzmán.— Leoncio Rodríguez. —Carlos Varas.*

Desechado de esta manera el recurso de casación en la forma, pasó el Tribunal á ocuparse del de fondo.

A juicio del recurrente las causales del recurso de casación en el fondo, consisten en la violación de los artículos 923, inciso 2º, 925, que se dice doblemente infringido, 2499, 592 y 719 del Código Civil.

Según él la sentencia ha infringido la primera de las disposiciones invocadas, al establecer en su considerando 5º que, tratándose aquí de un juicio posesorio, sólo cabe discutir la posesión alegada por las partes, sin que puedan tomarse en cuenta las pruebas de dominio producidas por el querellante.

Mientras tanto, el inciso 2º del artículo 923 dispone que "podrán exhibirse títulos de dominio para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse su-

mariamente; ni valdrá objetar contra ellos otros vicios ó defectos que los que puedan probarse de la misma manera." Es esto lo que ha hecho el recurrente, pues para demostrar su posesión probó sumariamente su dominio en la plaza, y no se ha objetado vicio ó defecto á ese dominio, ni se ha intentado prueba alguna en contrario.

El artículo 925 ha sido violado, en primer término, porque para dar por establecida la posesión de la Municipalidad, y estimar, por consecuencia, que no pertenece esa posesión al curato, se ha dado valor legal á hechos que no son de los que señala el artículo 925 como demostrativos del dominio. Por la inversa, uno de los antecedentes que menciona en este punto el fallo, esto es, "el hecho de que hayan cooperado los vecinos y el pueblo á las obras que realizó el cura Salas en la plaza, está probando el dominio y la posesión de este último, y no la posesión y el dominio de aquellos, pues nadie se coopera á sí mismo; tan sólo se ayuda á un extraño."

Se ha violado por segunda vez el mismo artículo al declararse en el considerando 4º que los actos invocados por su parte como fundamento de la posesión que se atribuye no son de la naturaleza de los designados en el artículo 925 para probar la posesión, siendo que los hechos alegados y probados son precisamente de aquellos á que sólo da derecho el dominio, cual lo exige dicha disposición legal.

Según el artículo 2499 del Código Civil, la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen no confieren posesión ni dan fundamento á prescripción alguna.

Sin infringir dicho artículo no ha podido la Corte dar por probada la posesión de la Municipalidad á pretexto de que esa corporación ha destinado fondos para el cuidado y conservación de la plaza, porque éste es un acto de que no resulta gravamen, sino al contrario, para el dueño del predio como lo explica perfectamente el señor juez *a quo* en los considerandos 3º y 4º de su sentencia.

La declaración de no haber lugar á la querella y de establecer en realidad de verdad que la plaza cuestionada es de uso público sin otro fundamento que el que, aunque cerrada con postes y alambres, tiene tornos de madera para su libre acceso, envuelve el quebrantamiento del artículo 592 del Código Civil que dice: "los puentes y caminos construídos á expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce á todos. Lo mismo se extiende á cualesquiera otras construcciones hechas á expensas de particulares en sus tierras, aun cuando su uso sea público por permiso del dueño".

Por último, hay violación del artículo 719 del Código Civil, según el cual, si se ha empezado á poseer á nombre propio, se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega. El curato ha probado haber poseído la plaza sin contradicción de nadie hasta 1874, y era menester, por tanto, tener por establecido como hecho incontrovertible, que dicha posesión había continuado hasta el actual momento, mientras no se probase plenamente que se había perdido. Posteriormente á la formalización del recurso, y diciéndose dentro del término, se trató de ampliar el recurso de forma agregando la causal de haberse quebrantado también por la sentencia la ley de 3 de septiembre de 1856, cuyo artículo único declara que se ceden á la iglesia parroquial de Lampa en dominio y propiedad, las 10 cuadras de terreno que posee el Fisco hacia el Poniente de la misma iglesia y del pueblo de su nombre, con calidad de reversión á él en caso de quererla enajenar dicha parroquia.

La Corte, por resolución de 15 de octubre de 1904 confirmando la de 26 de agosto del mismo año, dejó definitivamente establecido de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 945 y 948 del Código de Procedimiento Civil, que tal ampliación era inadmisible.

La parte recurrente, por toda fundación del recurso se limitó á referirse al escrito de formalización, declarando que reproduce las alegaciones en él contenidas.

La Municipalidad de Lampa, por su parte, en su respuesta, se empeñó en demostrar que el fallo recurrido se conforma á los preceptos de la ley.

Oído uno de los señores ministros del tribunal,

La Corte:

Considerando:

1º Que la Corte de Apelaciones fija en los considerandos de su sentencia, como hechos ciertos y probados en la causa los que siguen:

Primero.—Que la plaza que es objeto de la acción posesoria intentada es la única que existe en el pueblo de Lampa; se halla circundada por la calle pública en todos sus costados; está cerrada con postes y alambres, y tiene en sus esquinas, desde hace 20 años próximamente, tornos de madera para su libre tráfico y acceso;

Segundo.—Que las obras de arreglos y mejoras ejecutadas en dicha plaza se llevaron á cabo con el concurso del pueblo de Lampa y la cooperación de varios vecinos de la localidad;

Tercero.—Que el cuidado y conservación de la plaza, está, desde hace muchos años, á cargo de la autoridad local de Lampa;

Cuarto.—Que el querellante, don José María Carreño, no ha estado en posesión tranquila y no interrumpida de la plaza de Lampa, un año completo.

2º Que al apreciar la prueba la sala juzgadora del modo que aparece consignado en los fundamentos de su fallo obró dentro del círculo de atribuciones que el Código Procedimiento Civil privativamente le defiere, y en cumplimiento del deber que el mismo Código le impone al fallar los pleitos en el hecho y el derecho;

3º Que no habiéndose demostrado ni aun aducido infracción alguna legal en la apreciación de dicha prueba, la Corte Suprema debe aceptar como irrevocablemente establecidos para la decisión del recurso, los hechos en que descansa la aplicación del derecho y fija como tales el tribunal *a quo* en su fallo, ó sea, en el caso de este litigio, que el cura de Lampa don José María Carreño no ha poseído tranquila y no interrumpidamente durante un año completo, la plaza del pueblo de ese nombre;

4º Que sentado este hecho, no ha podido el querellante deducir legalmente acción posesoria respecto de la plaza del mencionado pueblo de Lampa, desde que, según los términos del artículo 918 del Código Civil, no podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo;

5º Que en virtud de lo expuesto, al decidir el fallo de que se recurre que no procede el interdicto que da origen á esta causa, ha hecho recta aplicación de ese precepto legal y de las demás leyes que el recurrente cita como violadas é invoca en apoyo del recurso.

Con arreglo á estas consideraciones, y á lo que disponen los artículos 940, 960 y 969 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar al recurso de casación en el fondo, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de octubre de 1903. Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada para inteponer este recurso.

Redactada por el señor Presidente Rodríguez.—*Leoncio Rodríguez.* — *Leopoldo Urrutia.*—*J. Gabriel Palma Guzmán.*—*Galvarino Gallardo.*—*Gabriel Gaete.*—*V. Aguirre V.*—*E. Fóster Recabarren.*

Cas. en el fondo.—17 de diciembre de 1906

Walters Hnos. con Fisco

Acción posesoria.—Querella de amparo. — Posesión. — Dominio.—Salitrera; concesión de los yacimientos. —Estado; Fisco.—Prueba de la posesión.—Testigos. — Título de posesión.—Ley.—Causal de casación.—Ley procesal.

DOCTRINA:—*La posesión de los yacimientos de salitre pertenece al Estado por el ministerio de la ley y sólo pueden adquirirlos los particulares á virtud de concesión otorgada por autoridad competente y con las formalidades legales.*

En consecuencia, si el Fisco se querella

de amparo contra particulares que han ocupado, á su juicio indebidamente, un yacimiento salitral, es innecesario apreciar el mérito de las informaciones de testigos rendidas por las partes, porque la posesión de dicho yacimiento pertenece al Estado por ministerio de la ley, y debe aceptarse la querella.

El particular que pretende la propiedad ó posesión de un estacamento salitral debe acreditarlo por medio de la concesión hecha por el Estado en forma legal, ya que sin esa concesión la posesión y menos la propiedad de dicho estacamento, no ha podido salir de manos del Estado.

No prueba, en consecuencia, su derecho con la sola presentación de una escritura de compra-venta á otro particular, posterior al decreto de 30 de mayo de 1884, que suspendió en todo el territorio de la República el otorgamiento de concesiones de salitre.

La posesión que el Estado tiene de los terrenos salitrales emana de la ley y se acredita con ella misma y aunque pudiera argüirse que la ley establece más bien el dominio que la posesión y que los títulos que acreditan el dominio no deben tomarse en cuenta en los juicios posesorios, procedería en este caso la escepción del inciso 2º del artículo 923 del Código Civil, ya que el título, que es la ley, puede probarse sumariamente.

Si bien las infraciones de los artículos 167, 703, 715, 716 y 717 del Código de Procedimiento Civil, en caso de ser efectivas, podrían servir de base á un recurso de casación en la forma, no dan mérito para fundar un recurso de casación en el fondo.

El señor Promotor Fiscal demandando expone: Que el Delegado Fiscal de Salitreras le ha denunciado según telegrama que acompaña que los señores Walters Hermanos, comerciantes y domiciliados en este puerto, han tomado recientemente posesión de un terreno fiscal situado más ó menos á cinco ó seis leguas al norte de este puerto y al este de Tacna, como se puede ver en el plano que también acompaña; y que han empezado á ejercer en él actos de dominio como son los de cateos y establecimientos de carpas, dando á dicho terreno el nombre de oficina "La Cueva", á pesar de que el Fisco ha sido quien ha poseído ese terreno en forma tranquila y no interrumpida por largos años. Se querella, en consecuencia, de amparo y pide se ordene á los querellados que levanten sus carpas y se retiren de los expresados terrenos, bajo apercibimiento de $ 10,000 de multa para el caso de que vuelvan á ejecutar en ellos actos de perturbación.

Se citó al querellante y á los querellados á la audiencia prescrita por la ley y en ella rindieron las partes la prueba testimonial de que da testimonio el acta.

La parte querellada presentó también los documentos que corren en compulsa, á fin de que se tuviese presente su mérito al pronunciar sentencia.

Los dos testigos presentados por la parte querellante, don Javier Joachan y don Adan Verdugo, fueron tachados oportunamente por ser dependientes del Fisco, el primero, en el carácter de ingeniero de la Delegación Fiscal de Salitreras y el segundo, en el de guardián de salitreras

De los dos testigos presentados por la parte querellada, uno de ellos, don Guillermo Claiton, fué también tachado por la parte querellante, por depender de la parte que lo presentaba en el carácter de administrador de la oficina "Jazpampa" de cuyo Directorio forma parte don Alfonso Walter, que actúa en el juicio en representación de Walters Hermanos.

El juzgado de Pisagua, con fecha 9 de junio de 1904, resolvió:

Considerando respecto de las tachas:

1º Que los testigos del querellante res-

nocieron, al prestar declaración, ser efectivos los hechos que la parte querellada tuvo presente para tacharlos, pues ambos expusieron que eran empleados á sueldo de la Delegación Fiscal de Salitreras; y

2º Que el testigo tachado de la parte querellada, don Guillermo Claiton, reconoció también que eran efectivos los hechos en que se fundó su tacha.

Visto lo dispuesto en el artículo 347, número 4º del Código de Procedimiento Civil, se delara: Que ha lugar á la tacha opuesta á los dos testigos de la parte querellante; y á la del testigo don Guillermo Claiton, de la parte querellada; y en consecuencia que debe prescindirse del dicho de esos testigos al resolver la cuestión principal.

Considerando respecto de ésta:

1º Que sólo puede instaurar acción posesoria el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo;

2º Que la posesión del suelo debe probarse por hechos positivos, de aquellos, á que sólo da derecho el dominio, y de que sea susceptible el suelo ó predio materia del interdicto, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión;

3º Que el que se querella de amparo debe probar también los actos de perturbación ó de molestia que motivan la querella, precisando el tiempo de su ejecución, para el efecto de establecer que la acción posesoria está aún en vigor, por prescribir ésta un año después de ejecutado el acto ó los actos de embarazo;

4º Que el querellante no ha establecido los hechos y circunstancias expresados en los considerandos anteriores, ya que no debe tomarse en cuenta el dicho de los testigos que presentó, por haber sido éstos tachados y no haberse producido otra clase de prueba en justificación de la querella;

5º Que aún en el supuesto de que los testigos del querellante no hubiesen sido tachados, sus dichos no habrían sido suficientes para haber prestado acogida á la querella, por su deficiencia, vaguedad é indeterminación, especialmente, el del testigo Adan Verdugo, puesto que ninguno de ellos establece que el Fisco haya estado en posesión tranquila y no interrumpida de los terrenos á que alude la querella durante el tiempo necesario para poder instaurar acción posesoria; pues si bien el testigo Joachan expresó que el Fisco había poseído tranquilamente esos terrenos desde el año 1896 hasta Agosto del año próximo pasado, al contestar las preguntas que le hizo la parte querellada, manifestó que sólo le constaba que el Fisco había ejercido actos de posesión en ellos desde el año 1896 hasta 1898;

6º Que á mayor abuadamiento, la querella es también vaga é indeterminada, pues no se concreta ni individualiza en ella en forma clara y precisa, los terrenos sobre que versa; lo que hace difícil formarse concepto cabal de la cuestión, en vista del desacuerdo absoluto de las partes y de la falta de prueba que supla las deficiencias de la querella;

7º Que aunque los querellados han presentado un título inscrito de dominio y compulsa de un fallo ejecutoriado que desechó otra acción posesoria deducida contra ellos por el Fisco, no puede saberse qué importancia puedan tener esos antecedentes en el juicio actual, por la circunstancia expresada en la consideración anterior de no estar individualizados en forma suficiente los terrenos materia del actual interdicto; y

8º Que el poseedor es reputado dueño mientras otro no pruebe serlo.

Visto lo dispuesto en los artículos 918, 920, 925, 1698 y 700 del Código Civil; 703 y 715 del de Procedimiento; y 39 de los Aranceles Judiciales, se declara sin lugar la querella de amparo de que se ha hecho relación, sin costas; y sin perjuicios de la acción ordinaria del Fisco para que la haga valer con arreglo á derecho.—*J. Ismael Poblete.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, 3 de octubre de 1904.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo presente:

1º Que la posesión de los yacimientos, materia de la presente querella, pertenece al Estado por el ministerio de la ley y que sólo pueden adquirirlos los particulares á virtud de concesión otorgada por la autoridad competente y con las formalidades legales;

2º Que, en consecuencia, es innecesario para

el fallo de la causa apreciar el mérito de la información producida por el Fisco y de la rendida también por los señores Walters Hermanos, ya que los actos de dominio que éstos invocan no bastan para adquirir la posesión legal de tales yacimientos, la cual, según lo expuesto, pertenece al Estado, y no ha podido transferirse á los querellados sino en la forma indicada en el considerando anterior; y

3º Que, si bien los demandados han sostenido que la posesión de las pertenencias á que este juicio se refiere la han adquirido también por concesión y mensura legalmente verificadas, no han comprobado esta circunstancia con los títulos correspondientes.

Visto además lo dispuesto en los artículos 591 y 1648 del Código Civil y 715 del de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de 9 de junio último y se declara que ha lugar á la querella, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar los señores Walters Hermanos con arreglo á derecho.

Redactada por el señor Ministro don Luis Barriga.—*Luis Barriga.—Eduardo Castillo.* —J. *A. Rojas.* —*Ricardo Reyes Solar.*

Contra esta sentencia dedujo la parte de Walters Hermanos, recurso de casación en el fondo exponiendo al formalizarlo que en ella se infringe el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, pues hay incongruencia entre lo que arroja el proceso y la sentencia. Consta de autos, agregan, que Walters Hermanos tienen posesión de los terrenos desde 1885 en que los compraron á don Urbano Osega: que inscribieron esa propiedad en el Conservador de Bienes Raíces; que habiendo pretendido hacer cancelar la inscripción, la Corte Suprema declaró sin lugar tal solicitud; que el Fisco jamás ha estado en posesión material de esos terrenos; que los actos de posesión que ha ejercido (cateos) son en puntos distintos de los que posee Walters Hermanos y que no obstante, se manda dar al Fisco una posesión que no ha tenido ni en el año precedente á la iniciación de la demanda, ni nunca.

Ha infringido también esa misma sentencia los artículos 703, 716 y 717 del Código citado. En efecto, las sentencias de interdictos sólo deciden cuestiones de hecho y jamás puede en consecuencia prescindirse de la prueba.

El artículo 715 inciso final del mismo Código de Procedimiento Civil ha sido también infringido desde que no obstante que allí se dispuso que no será admisible ninguna otra demanda que tienda á enervar lo resuelto en el interdicto, se ha dado acogida á la querella actual después de haberse desechado la acción posesoria instaurada por el Fisco para que se cancelase la inscripción de la compra que Walters Hermanos hicieron á Osega.

Se han infringido además los artículos 915, 920, inciso 2º, 923 y 924 del Código Civil, pues tomándose en cuenta lo que estos prescriben y lo resuelto en la sentencia recurrida aparece de manifiesto la violación.

Al fundarse el recurso ante esta Corte se limita el recurrente á referirse á lo expuesto en el escrito en que se formalizó. Respondiendo el señor Director del Tesoro, pidió se rechazara el recurso porque á su juicio carece de fundamento, desde que no existen las infracciones legales, en que se apoya.

Se expidió el dictamen correspondiente por uno de los señores Ministros, y

La Corte falló:

Teniendo presente:

1º Que la sala respectiva de la Corte de Apelaciones de Santiago, antes de pronunciar la sentencia recurrida, dictó la providencia de 14 de diciembre de 1904, en la cual, para mejor resolver y sin perjuicio del acuerdo, ordenó que se agregasen los antecedentes relativos á la concesión y mensura de las pertenencias salitreras á que se refiere la querella;

2º Que con este motivo la parte recurrente presentó la solicitud en la cual, pidiendo que se le tenga por adherida á la petición fiscal, que ya se había formulado, para que la causa se fallase con los antecedentes que obraban en autos, expuso literalmente lo que sigue: "Otra razón que hace inútil agregar los documentos pedidos, es que mi parte estima completamente innecesario añadir la posesión de su antecesor á la suya y para ello está facultado por los artículos 717 y 920, inciso final, del Código Civil"...

3º Que sobre esta base, el título que hace

valer el mencionado recurrente se refiere sólo á la compra que hizo á don Urbano Osega, por escritura de 2 de junio de 1885, es decir, con posterioridad al 30 de mayo de 1884, fecha del decreto supremo que suspendió en todo el territorio de la República el otorgamiento de concesiones de depósitos de salitres, boratos y demás sustancias enumeradas en el decreto de 28 de julio de 1877 que quedó derogado.

4º Que, en consecuencia, para acreditar el derecho que los recurrentes pretenden á los estacamentos salitrales en cuestión han debido presentar la concesión que el Estado mismo hubiese hecho por medio de su representantes legítimos á los antecesores de los recurrentes ya que sin esa concesión la posesión y menos la propiedad de dichos estacamentos no ha podido salir de manos del Fisco para transferirlos á otra persona;

5º Que en el considerando 3º de la sentencia recurrida se establece que si bien los demandados han sostenido que la posesión de las pertenencias á que este juicio se refiere la han adquirido por concesión y mensura legalmente verificada, no han comprobado esta circuntancia con los títulos correspondientes y por tanto la posesión que la ley atribuye al Estado hace innecesario, como lo consigna la sentencia recurrida, apreciar el mérito de las informaciones que al respecto se hubiesen rendido por las partes;

6º Que planteada así la cuestión resuelta en la sentencia recurrida, no aparecen las infracciones de los artículos del Código Civil en que se funda el recurso, pues no contienen ellos declaración alguna que contravenga á las reglas en esos artículos establecidas. Al contrario, la posesión que el Estado tiene de los terrenos salitrales, posesión que, como se ha dicho, emana de la ley, se encuentra acreditada con ella misma y si bien pudiera argüirse que esa ley establece más bien el dominio y que los títulos que lo acreditan no deben tomarse en cuenta en los juicios posesorios, el caso se encontraría comprendido en la excepción del artículo 923, ya que el título que es la ley misma puede acreditarse sumariamente, desde que conforme á lo dispuesto en el artículo 8º del Código Civil no puede alegarse ignorancia de ella;

7º Que en cuanto á las infracciones que se refieren al Código de Procedimiento Civil, si bien pudieran ellas, caso de ser efectivas, servir de base á un recurso de casación en la forma, no darían mérito para fundar la aceptación de este recurso de casación en el fondo.

Visto además lo dispuesto en los artículos 940 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación de que se trata.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Gabriel Gaete.

El Ministro señor Fóster Recabarren no acepta la parte final del considerando 6º—*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—Carlos Varas.—Abel Saavedra —E. Fóster Recabarren.*

———

Cas. en el fondo.—15 de diciembre 1906

Salas Contreras (menores) con Hidalgo

Sentencia. — Cosa juzgada. — Parte. — Rendición de cuentas.—Título ejecutivo. - Excepciones. — Curador. — Fianza; fiador.—Sentencia definitiva. - Procedencia del recurso.—Notificación.—Herederos.

DOCTRINA:—*Las resoluciones judiciales no producen cosa juzgada sino respecto de las personas que han litigado, salvo las excepciones legales.*

La sentencia recaída en el juicio seguido por rendición de cuentas contra un curador, no es título ejecutivo contra el fiador de dicho curador, si éste no ha sido parte ni ha intervenido en forma al-

guna en aquel juicio de rendición de cuentas.

La sentencia que así lo declara, aunque interlocutoria, es de carácter definitivo en cuanto se pronuncia sobre el mérito que la sentencia del juicio de cuentas puede tener contra el fiador. Procede, por tanto, contra ella el recurso de casación en el fondo.

La notificación de la sentencia recaída en el juicio de cuentas, hecha á los herederos del fiador para los efectos del artículo 1377 del Código Civil, no altera su situación, ya que no los constituye partes en el juicio y presupone la existencia de un título ejecutivo en contra de su causa-habiente.

El juez ante quien se inicia una ejecución debe examinar el título en que se funda, aunque no se hayan opuesto excepciones ó se les haya opuesto fuera de término, y resolver si reune ó nó los requisitos exigidos por la ley para que tenga fuerza ejecutiva.

Don Eleodoro Contreras, como curador de los menores Osvaldo y Tomasa Salas Contreras, demandó rendición de cuentas á doña Pablina Salas, representante de la sucesión de don Daniel Salas, quien había desempeñado anteriormente la guarda de dichos menores. Por sentencia de 2 de agosto de 1905 se aprobaron las cuentas presentadas por el curador Contreras, ascendentes á la cantidad de $ 51.020, en rebeldía de doña Pablina.

En el acto de requerírsele de pago, ésta expresó carecer de bienes y agregó que no le correspondía hacerlo.

Con estos antecedentes, don Eleodoro Contreras pidió se pusiera la sentencia en conocimiento de doña Teresa Hidalgo, viuda y heredera de don Robustiano Lazo, para los efectos del artículo 1377 del Código Civil y después de trascurrido el plazo que señala este artículo, presentó demanda ejecutiva ante el Juzgado de San Fernando exponiendo que según la sentencia referida el curador anterior de los pupilos, don Daniel Salas, ha sido declarado responsable del saldo de $ 51.020 en el juicio de cuentas de la curatela que ejerció de los referidos pupilos y debe pagar dicho saldo con más los intereses corrientes con arreglo á la ley á contar desde la fecha en que la cuenta quedó cerrada, esto es, desde la fecha de su presentación.

La sucesión del ex-curador don Daniel Salas con quien se siguió el juicio de cuentas carece de bienes para el pago de lo que adeuda, pues sólo ha podido embargársele una acción y derechos sobre una casita que tiene en la calle de Chacabuco de esta ciudad y que no representará un valor de más de $ 200 y se hace por consiguiente necesario perseguir la responsabilidad del fiador del ex-curador, don Robustiano Lazo, ó sea su sucesión, representada por su heredera doña Teresa Hidalgo viuda de Lazo.

Expresa el ejecutante que no estima necesario hacerse cargo de las observaciones contenidas en un escrito para que se tenga presente que presentó la señora Hidalgo viuda de Lazo:

1º Porque es completamente abusiva la alegación de que el fallo sobre las cuentas del ex-curador don Daniel Salas haya podido ser el resultado de una colusión, para la cual habría sido indispensable la participación en ella del señor Defensor de Menores y del Juzgado, aparte de que una alegación de esta clase no se acepta por la ley para destruir los efectos de una sentencia firme;

2º Porque establecida la responsabilidad del deudor principal queda por el mismo hecho establecida la del fiador que es obligado al pago de la deuda de aquél;

3º Porque los terceros interesados á que se refieren los artículos 23 y 24 del Código de Procedimiento Civil, pueden ó no intervenir en el juicio sin que haya necesidad de citarlos, de tal manera que su intervención es realmente voluntaria ú oficiosa, debiendo la sentencia que se pronuncie producir todos sus efectos, sea que los terceros hayan hecho uso ó no del derecho de hacerse parte en el juicio que se ha pronunciado;

4º Porque el artículo 25 dice, al revés de lo que se supone por la señora Hidalgo viuda de Lazo, que la sentencia pronunciada en contra de las partes principales afecta á los terceros que han podido intervenir en el juicio, con arreglo á los artículos 23 y 24 y no establece la regla de que para que se produzcan estos efectos sea menester que hayan sido citados ó que hayan figurado como partes en el juicio, porque sólo se requiere la citación ó intervención de las partes directas. De todos modos, estas alegaciones sólo pueden tener cabida por vía de excepción, y ocuparse de ellas es absolutamente extemporáneo.

Por el momento, dice, tenemos en la sentencia que puso término al juicio con el curador un título ejecutivo de los enunciados en el artículo 455 del Código de Procedimiento Civil, título que establece una deuda del ex curador respecto de los pupilos; que esta deuda afecta la responsabilidad del fiador del ex-curador; que la efectividad de la fianza está establecida por la escritura respectiva agregada también á los antecedentes que tiene también fuerza ejecutiva según el mismo artículo 455 citado; y que, en consecuencia, el pago de la deuda del ex-curador constante de la sentencia aludida puede perseguirse en contra del citado fiador y de su sucesión.

En consecuencia, demanda ejecutivamente á doña Teresa Hidalgo viuda de Lazo en su carácter de heredera del fiador don Robustiano Lazo y pide que se despache mandamiento de ejecución y embargo en su contra por la suma de $ 51,020 que expresa la sentencia de fecha 2 de agosto de 1905, sus intereses corridos desde la fecha de la presentación de la cuenta hasta el definitivo pago y las costas, debiendo imputarse como abono el importe de los derechos de la casa embargada á la sucesión del ex-curador don Daniel Salas.

El Juzgado resolvió:

San Fernando, 22 de septiembre de 1905.—En lo principal, y otrosí, hágase como se pide. — *José Astroza S.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, 28 de marzo de 1906.—Vistos: Teniendo presente:

1º Que don Eleodoro Contreras, curador de los menores Osvaldo y Tomasa Salas Contreras, demanda ejecutivamente á los herederos de don Robustiano Lazo, en su carácter de fiador de don Daniel Salas, guardador que fué de dichos menores, á fin de obtener el pago de lo juzgado en los autos sobre rendición de cuentas que se han traído á la vista;

2º Que el juicio sobre cuentas de que se ha hecho mención se siguió únicamente entre el expresado don Eleodoro Contreras y los herederos del tutor don Daniel Salas, sin intervención alguna de la sucesión actualmente ejecutada y que, en consecuencia, no puede hacerse efectivo en contra de ésta el fallo de cuyo cumplimiento se trata, como quiera que las resoluciones judiciales no producen cosa juzgada sino respecto de las personas que han litigado, salvo las excepciones establecidas por la ley, entre las cuales no se encuentra comprendido el presente caso;

3º Que esta situación no se altera por la notificación hecha á los herederos de don Robustiano Lazo de todo lo obrado en el juicio referido, por cuanto dicha notificación hecha sólo para los efectos indicados en el artículo 1377 del Código Civil no los constituye partes en un pleito en que no figuraron como tales y supone en cambio un título ejecutivo ya en contra de su causa habiente; como lo manifiestan con toda evidencia el objeto y los términos de la recordada disposición legal;

4º Que el artículo 462 del Código de Procedimiento Civil ordena al Juez ante quien se inicia una ejecución examinar el título que se le presenta á fin de acojerla ó denegarla según sea ó no ejecutivo el título con que se demanda, y que, siendo por su naturaleza apelable la resolución que se expide á este respecto debe hacer igual calificación el Tribunal de segunda instancia;

5º Que si bien el demandado opuso excepciones, que sólo podía interponer en el término fatal de cuatro días, esta circunstancia no obsta á la calificación que ha de hacer el Tribunal, al pronunciarse sobre el mandamiento de ejecución ya que, según se ha expuesto, ha de apreciar en todo caso las condiciones del título y resolver si reune ó no los requisitos exigidos por la ley para que tenga fuerza ejecutiva.

Visto además lo dispuesto en los artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de 22 de septiembre del año próximo pasado, y se declara sin lugar la ejecución solicitada en el escrito compulsado.

Redacción del Ministro don Luis Barriga.—*J. Bernales.—Felipe Herrera—Luis Barriga.*

El ejecutante interpuso recurso de casación en el fondo contra esta sentencia y al formalizarlo expuso:

"Que el título que es ejecutivo contra el deudor principal, lo es también contra el fiador, pues su obligación es pagar todo lo que adeuda el afianzado y que sostener el principio contrario sería violar la disposición del artículo 2335 del Código Civil;

"Que estando resuelto por sentencia ejecutoriada cuál es la obligación del deudor principal, no puede el fiador excusarse de hacer el pago por no haber sido citado al juicio so pretexto de que no es suya la deuda del afianzado, principio que va contra la naturaleza de la fianza que es una obligación accesoria que tiene la fuerza y eficacia de la obligación principal";

El artículo 28 del Código de Procedimiento Civil da á la sentencia que se pronuncia contra una persona la misma fuerza obligatoria contra las personas que, sin ser partes directas, tienen interés en sus resultados, como lo es el fiador, que puede solicitar su intervención en el juicio, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 24. Por esto, al solicitar su intervención personal forzosa para que la sentencia produzca efectos en su contra, el fiador pretende que se establezca en su favor un procedimiento contrario á lo prescrito en las disposiciones legales mencionadas.

Considera también infringidas las leyes 20, título 22 y 4ª, título 23, Partida 3ª, bajo cuyo imperio se dictó la sentencia que se invoca como título ejecutivo, leyes que sostienen las mismas disposiciones que las del Código de Procedimiento Civil que establecen que las sentencias pronunciadas en contra de varios obligados, producen efectos en contra de los demás, aún cuando no hubieran tenido conocimiento del pleito, entre los cuales está considerado el fiador á quien se le concede el derecho de apelar.

Y aunque es verdad que en algunos juicios se requiere la intervención de algunos obligados, para que les afecte la resolución, no están enumerados entre éstos los fiadores.

El representante de doña Teresa Hidalgo v. de Lazo, respondiendo sostiene, en primer término, que es improcedente el recurso de casación interpuesto, pues la sentencia recurrida, no es definitiva, ni se halla en ninguno de los dos casos contemplados en el artículo 939 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que se trate de una sentencia interlocutoria, que ponga término al juicio ó bien que haga imposible su continuación.

En orden á la causal del recurso basada en la infracción de las leyes 2ª, título 22, y 4ª, título 23 de la Partida 3ª observa que éstas se hallan expresamente derogadas por el artículo final del Código de Procedimiento Civil.

Afirma que no se ha contravenido á lo dispuesto en el artículo 25 del Código citado, según el cual "las resoluciones que se dicten en los casos de los artículos 23 y 24, producirán respecto de las personas á quienes dichos artículos se refieren los mismos efectos que respecto de las partes principales". Como estos artículos 23 y 24 se refieren al caso de personas "que hayan intervenido en el juicio", ellos sancionan, con el artículo 25 la misma doctrina que sustenta la resolución de la Iltma. Corte de Santiago, en el sentido de que las sentencias sólo afectan á las personas que han intervenido en el pleito.

Agrega la parte recurrida que no existe infracción del artículo 455 del citado Código, pues, el fallo de la Corte se ha librado en estricta conformidad con lo que él dispone; que aún suponiendo infringidos los artículos 25 y 455, esa infracción de leyes de procedimiento, aún siendo de carácter sustanciales, no autorizaría una casación en el fondo; y finalmente que, tampoco se ha infringido el artículo 2335 del Código Civil, ya que la resolución reclamada no niega que el fiador debe pagar; sólo establece el procedimiento que debe seguirse en conformidad á las prescripciones del Código de Procedimiento Civil; y que no existien-

do ninguna de las infracciones que se alegan, debe de estimarse el recurso, aún suponiéndola procedente.

Oído el dictamen de uno de los señores Ministros,

La Corte:

Considerando:

1º Que el fallo de que se recurre, aunque interlocutorio, es de carácter definitivo en cuanto se ha pronunciado sobre el mérito que la sentencia recaída en el juicio de cuentas puede tener con respecto á la heredera del fiador don Robustiano Lazo, declarando que esta última resolución no produce los efectos ejecutivos, atribuídos por el curador don Eliodoro Contreras: de todo lo cual se deduce que es procedente el recurso de casación interpuesto;

2º Que la disposición contenida en el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil se refiere á las personas que ejerzan el derecho que se les concede para gestionar en la forma establecida por el artículo 17, á aquellos que puedan intervenir como coadyuvantes, según el artículo 24 del mismo Código;

3º Que de consiguiente, la disposición del artículo 25, que se dice infringido, no ha sido quebrantada, desde que por la sentencia, materia del recurso, no se da lugar á la ejecución contra doña Teresa Hidalgo, sucesora del fiador Lazo, persona que no se hizo parte en el juicio sobre rendición de cuentas, iniciado por el curador don Eliodoro Contreras contra el representante de la sucesión del primer curador don Daniel Salas;

4º Que por no haberse hecho parte la demandada no pudo discutir su responsabilidad como heredera del fiador de Salas, de modo que la sentencia recurrida ha apreciado exactamente su situación jurídica al estimar que no figuró en dicho juicio;

5º Que dado este antecedente, la sentencia que aprobó las cuentas presentadas por el curador Contreras, no tiene el carácter de título ejecutivo contra doña Teresa Hidalgo viuda de Lazo, y, por consiguiente, el fallo recurrido no ha violado tampoco el número 1º del artículo 455 del Código de Procedimiento Civil, al revocar el mandamiento de embargo;

6º Que del mismo modo no se ha podido infringir el artículo 2335 del Código Civil, pues esta disposición se limita á definir la naturaleza de la fianza como obligación accesoria, y la sentencia no contiene ninguna declaración que sea inconciliable ó que pugne con lo que prescribe aquél artículo; y

7º Que las leyes 20, título 22, y 4º título 23 de la partida 3ª quebrantados por el fallo de segunda instancia, en concepto del recurrente, se encuentran derogados por los Códigos Civil y de Procedimiento, los cuales en sus artículos finales establecen que desde que entren en vigor dichos Códigos, quedarán derogadas todas las leyes preexistentes sobre la materia que en ellos se tratan, aún en la parte que no les fuere contraria; y á mayor abundamiento, de autos aparece que la fecha de la sentencia que aprobó las cuentas del curador Contreras, es posterior á la que empezó á regir el último de los citados Códigos.

Visto también lo preceptuado en los artículos 940 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar, con costas, al recurso de casación en el fondo deducido por el representante de los menores Osvaldo y Tomasa Salas Contreras contra la sentencia de 28 de marzo último. Se aplica á favor del Fisco la cantidad de $ 300 consignada para la interposición del recurso.

Redactada por el señor Ministro Gallardo. —*Leoncio Rodríguez.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.—Carlos Varas.—F. Fóster Recabarren.—L. Romilio Mora.*

———

Cas. en el fondo 12 de diciembre de 1906
Herrera con Gutierrez León

Casación en el fondo. - Juez de aguas. — Río ó estero. Turno de aguas. — Aguas. — Remuneración del Juez. — Ordenanza de 1872.

DOCTRINA:—*La ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, dejó subsistente el cargo de juez de aguas creado por la Ordenanza de 3 de enero de 1872, de modo que la mera circunstancia de que esa ley traspasara á las Municipalidades, ó al juez de letras en su caso, las atribuciones que aquella Ordenanza confería al Presidente de la República en orden al establecimiento y suspensión de turnos, nombramiento de juez de aguas, etc., no es causal jurídica que haga caducar los nombramientos de los jueces de aguas que se hallaban en funciones cuando se dictó esa ley.*

Los jueces de aguas, una vez nombrados, son funcionarios permanentes y no afecta esta permanencia el sometimiento á nuevo turno del río ó estero donde prestan sus servicios, ni tampoco la suspensión de esta medida.

Sometido á turno un río por resolución de autoridad competente, ese estado no se altera, aún cuando después sobrevenga abundancia de aguas, y perdura de derecho hasta que el juez á quien corresponde suspenderlo lo dispone así á petición de parte y con conocimiento de causa.

Durante el turno de los ríos pesan sobre los jueces todas sus obligaciones, haya ó no abundancia de aguas y por consiguiente, pesa también sobre los canalistas el deber de remunerarlos, sin que puedan excusarse con el pretexto de que, con la abundancia de aguas, se hacen innecesarios sus servicios.

El juez de aguas sólo tiene derecho á la remuneración que establece la Ordenanza mientras el río ó estero está sometido á turno. Suspendido el turno, las funciones del juez son pasivas, cesan sus servicios y trabajos y es justo que cese también para los canalistas la obligación de remunerarlo.

Es nula la sentencia que acepta el cobro de remuneración hecho por un juez de aguas á un canalista por un período durante el cual estuvo suspendido el turno de un río.

Don Federico Herrera, juez de aguas del estero de Chimbarongo, demandando expone: Que don Agustín Gutiérrez León, dueño de veinticuatro acciones del canal titulado "Los Cardos" que se surte del estero nombrado, le adeuda la cantidad de $ 516 por cuotas vencidas durante tres años á contar del año 1899 hasta 1901 inclusive, como lo manifiesta en la planilla que acompaña.

Que ha reconvenido amistosamente en distintas ocasiones el señor Gutiérrez León para que le cancele lo que le adeuda, pero no ha obtenido hasta ahora más que promesas, por lo cual se ve obligado á entablar demanda á fin de que se declare que en el término de veinticuatro horas dicho señor Gutiérrez debe pagarle, con costas, la cantidad adeudada y los intereses legales desde la fecha de la notificación de la demanda.

Antes de trabarse la litis el demandante amplió su demanda con el cobro de $ 172 correspondientes al año transcurrido entre 1901 y 1902 con el mismo carácter y la causa misma que se manifiesta en la demanda, de suerte que el total de ésta llega en capital á $ 688.

Don Wenceslao Larraín, por don Agustín Gutiérrez León, contestando la demanda, expone:

Que no reconoce al señor Herrera el carácter en que funda su pretensión durante los años á que se refiere la demanda, ni el de haber solicitado ni recibido servicios de ningu-

na clase que obliguen á su mandante. Es verdad que en años anteriores á los que se refiere el cobro, era el señor Gutiérrez juez de aguas en el estero de Chimbarongo, mas en los que menciona la demanda no ha habido necesidad de las funciones de éste, porque él no ha tenido gran abundancia de agua de manera que no se le ha declarado á su turno ni hecho el nombramiento de juez.

Que su parte no entra por ahora á discutir la forma ni quien debía hacer el nombramiento ni declaración del turno, puesto que no habiendo existido tal necesidad no hay para qué tomar en cuenta esa circunstancia; pero se ve en el caso de hacer presente que el Juzgado de este departamento ni el de Curicó no hicieron nombramiento ni declaración de ninguna especie sobre la materia en los años de que trata la demanda.

Que, por el contrario, en 1898 el juzgado de Curicó nombró á un señor Le Beuffe juez de aguas del canal de Chimbarongo; pero sin que existiese declaración de escasez ni sometimiento á turno, causa por la cual no se debió servicio alguno á dicho señor Le Beuffe; y esta circunstancia manifiesta que el señor Herrera no puede ni alegar ese título en pró de sus pretensiones.

Que si bien en apelación, se resolvió el año último que el carácter de juez de aguas correspondía al señor Herrera, esa resolución no fué pronunciada con intervención de su parte ni ninguno de los accionistas del estero Chimbarongo y por lo tanto no les afecta, de manera que al señor Herrera puede servirle su nombramiento como antedente *ad-honorem*, lo que su parte no tiene para qué discutir.

Que la ley no ha establecido el cargo permanente de juez de aguas y el artículo 26, inciso 2º, de la ley de Municipalidades sólo ha establecido ese servicio en el carácter de comisión accidental para las casos y temporadas en que ocurra escasez de agua en los ríos y se sometan éstos á turno, así es que no habiendo tales declaraciones no hay lugar á nombramiento de juez de aguas, ni existe funcionario con ese carácter y mucho menos nadie tiene derecho á intervenir en la distribución de las aguas de los ríos; tal es el tenor y la mente de las disposiciones de la ley citada y del Reglamento Supremo de 1872.

Que su mandante es el último de los canalistas que extrae aguas del estero Chimbarongo, y está en mejor situación que ningún otro para poder apreciar la abundancia ó escasez de las aguas, pudiendo asegurar que todos los años en referencia, léjos de taparse el estero á tierra como se acostumbra en las épocas de escasez para echar por el canal de su mandante toda el agua, han bastado para el servicio sólo algunos pies de cabra y ligeros tacos, que dejaban pasar aguas abajo por el cauce del estero más de dos tantos del agua que hace su canal.

Termina pidiendo que se deseche la demanda con costas.

Oídas las partes en comparendo, á petición de éstas se recibió la causa á prueba conforme á los juicios de menos de $ 1.000, rindiéndose la que se registra en autos y se citó para sentencia, dictándose la siguiente por el juzgado de San Fernando con fecha 14 de agosto de 1904.

Considerando:

1º Que el demandante cobra la cuota que al demandado corresponde en el honorario del juez de aguas del estero Chimbarongo por 860 cuadras que riegan á razón de $ 0,20 por cuadra durante cada uno de los cuatro años trascurridos desde 1898 á 1902;

2º Que está establecido en autos el hecho de que el demandante fué nombrado y se halla en posesión de dicho cargo de juez de aguas con arreglo á lo que dispone el artículo 2º de la Ordenanza de 3 de enero de 1872, hecho expresamente reconocido por el señor Gutiérrez León en los documentos de que dan cuenta el certificado y solicitud compulsada;

3º Que aunque por sentencia del señor juez letrado de Curicó, se declaró caducado el nombramiento de juez de aguas que invoca el demandante, la Iltma. Corte de Apelaciones revocó esa declaración;

4º Que también la Iltma. Corte de Apelaciones suspendió los efectos de la resolución del mismo juzgado que nombraba á don

Félix Le Beuffe para el cargo de juez de aguas de que se trata;

5º Que aparece que el juez letrado de este departamento declaró en vigor el nombramiento del señor Herrera por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada fecha 28 de julio de 1898; y recaída en juicio entablado con tal objeto por algunos de los canalistas interesados;

6º Que el demandado no ha justificado debidamente que don Federico Herrera haya dejado de ejercer su cargo de juez de aguas y demuestran lo contrario las gestiones de que dan razón los comparendos;

7º Que no habiendo constancia de que durante los años á que se refiere la demanda se haya procedido á nombrar debidamente el juez de que habla el artículo 26, número 2º de la ley de Municipalidades, debe entenderse que subsistirá el nombramiento del señor Herrera;

8º Que la declaración citada en el considerando 5º está manifestando que el demandante ejercía el cargo de juez tantas veces aludidos; y

9º Que el señor Gutiérrez León no ha objetado la cuantía de la cuota que se le exige.

En mérito de las consideraciones anteriores y lo dispuesto en los artículos 1698 y 1713 del Código Civil, se declara que ha lugar á la demanda, sólo en cuanto se pide que el señor Gutiérrez León debe pagar al señor Herrera la cantidad de $ 680. *César A. Sanhueza.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones:

Santiago, diciembre 15 de 1904.—Vistos: Se confirma la sentencia apelada de 14 de agosto último, con costas.—*A. Vergara A.—A. Montt.—E. Castillo.*

Contra esta sentencia interpuso el mismo Gutiérrez León recurso de casacion en el fondo, sosteniendo al formalizarlo que dicha sentencia en cuanto declaró subsistente el cargo de juez de aguas servido por Herrera y acreedor éste último á la remuneración demandada ha infringido tanto el artículo 26 de la Ley Orgánica de Municipalidades como la Ordenanza General de 3 de enero de 1872.

Para llegar á esta conclusión alega el recurrente que al enumerar el artículo 26 de la ley más arriba citada las atribuciones que corresponden á las municipalidades como encargadas de promover la educación, la agricultura, industria y comercio, dice en el inciso 1º de su artículo 2º que podrá nombrar en tiempo de escasez de aguas un inspector que vigile los marcos que en los ríos y esteros se construyan y distribuyan proporcionalmente sus aguas entre los interesados: que en cuanto el río ó estero recorra ó divida dos ó más territorios municipales se aplicarán las disposiciones respectivas de la Ordenanza General de 3 de enero de 1872 con exclusión de las que dan intervención en la materia al Presidente de la República ó á sus agentes, las cuales ejercerá el juez letrado de la residencia más inmediata al río ó estero, correspondiendo á éste decretar ó suspender el turno ... nombrar el juez de aguas, removerle y fijarle el sueldo, á todo lo cual procederá el juez..... previa información sumaria que acredite la escasez ó abundancia de las aguas.

"De estas disposiciones se deduce con perfecta claridad, agrega el recurrente, que sólo produciéndose la escasez de agua, acreditada en la forma que dichas disposiciones prescriben, pueden las municipalidades, ó el juez letrado en su caso, poner á turno un río ó estero y proceder como consecuencia de este antecedente, al nombramiento del inspector ó juez de aguas que haga su distribución proporcional á los canalistas"

Después de observar el recurrente que la Ordenanza de 3 de enero de 1872 dispone sustancialmente lo mismo, agrega testualmente:

De los certificados agregados á las cuentas en cumplimiento del decreto, se desprende que desde 1896 hasta diciembre de 1902 ni en el Juzgado de Letras de Curicó ni en el de San Fernando hay constancia de que se sometiera á turno el estero de Chimbarongo. Del certificado del secretario del primer Juzgado de Curicó aparece "que desde el año de 1899 no ha sido sometido á turno el río Chimbarongo". Este mismo certificado es más sugestivo todavía, dice: "por auto de 30 de septiembre de 1899 se suspendió el turno de dicho río".

A mayor abundamiento, tenemos la prueba testimonial rendida al tenor del interrogato-

rio. De dicha prueba aparece que once testigos, respondiendo á la segunda pregunta, exponen: que en los años á que se ha hecho referencia, las aguas del Chimbarongo fueron de tal manera abundantes, que no se hizo necesario someterlas á turno. Los mismos testigos declaran que "en esa misma época el canal de la hacienda "Los Cardos" tuvo agua permanentemente y abundancia, lo que prueba que no hubo necesidad de turno."

El hecho de haber habido aguas en abundancia y permanentemente excluye la idea de turno; y como sin haber turno no pudo el señor Herrera desempeñar su cargo de distribuidor de las aguas, es claro que no prestó sus servicios y por lo tanto, no tiene derecho alguno á ser remunerado.

El demandante ha solicitado por su parte que se rechace el recurso y analizando en su respuesta los mismos antecedentes aducidos por el demandado llega á la conclusión de que la sentencia recurrida no se ha dictado ni adolece de las infracciones legales que erróneamente le atribuye su contendor.

Oído el informe de uno de los Ministros del Tribunal,

La Corte:

Considerando:

1º Que en la sentencia recurrida se dan por establecidos los siguientes hechos que han servido de base para pronunciarla:

A. Que el demandado fué nombrado y se halla en posesión de su cargo de juez de aguas de Chimbarongo, con arreglo á lo que dispone el artículo 2º de la Ordenanza de 3 de enero de 1872;

B. Que el demandado no ha justificado debidamente que don Federico Herrera haya dejado de ejercer el cargo de juez de aguas de que aquí se trata y demuestran lo contrario las gestiones de que dan razón las compulsas;

C. Que Gutierrez León no ha objetado la cuantía del monto de gastos que se le exige.

2º Que sin contradición de las partes se halla asimismo establecido en los autos especialmente por el certificado y sentencia compulsada, que el turno del río ó estero Chimbarongo fué suspendido por resolución del juez de letras de Curicó, de 30 de septiembre de 1899; y no consta que esa suspensión se haya dejado posteriormente sin efecto;

3º Que la ley Orgánica de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891 no borró en sus disposiciones y por el contrario, dejó subsistente el cargo de juez de aguas creado por la Ordenanza de 3 de enero de 1872. De modo que la mera circunstancia de que la citada ley traspasara á las Municipalidades ó al juez de letras territorial, en su caso, las atribuciones que aquella Ordenanza confería al Presidente de la República en orden al establecimiento y suspensión de turnos de los ríos ó esteros; nombramiento de juez de aguas para las mismas y demás menesteres concernientes á este ramo, no es un motivo ó causal jurídica que, con arreglo á derecho, pueda hacer caducar los nombramientos de los jueces de aguas que se hallaban en funciones cuando se dictó la ley posterior, estatuto que á ese respecto no ha podido producir otro resultado que el de someter á los empleados aludidos al nuevo régimen creado por la legislación actualmente vigente;

4º Que en consecuencia, la sentencia recurrida no ha infringido los preceptos legales invocados por Gutiérrez León al considerar subsistente para los efectos de la demanda, el empleo de juez de aguas del río Chimbarongo servido por el demandante; y al declarar que éste se hallaba todavía en posesión de dicho cargo;

5º Que para propender al adelanto de la agricultura y al conveniente y equitativo reparto de las aguas nacionales de uso público entre los riberanos y otros particulares con derecho á ellas, cuidó el legislador de dictar las reglas conducentes en el Código Civil y en distintas ordenanzas primero y más tarde en la ley de Municipalidades, donde reglamentó definitivamente este servicio, otorgando á las comunas de la República en unos casos y á los jueces de letras respectivos en otros las facultades necesarias para atender á aquellos propósitos;

6º Que de conformidad con el artículo 26 de la ley citada, en concordancia con la Ordenanza de 3 de enero de 1872, corresponde al Juez de Letras de la residencia más inmediata

á los ríos ó esteros que atraviesen más de un territorio municipal someter á turno dichos ríos ó esteros en tiempo de escasez de aguas, suspender esos turnos cuando esta medida no sea ya necesaria, nombrar y remover los jueces de aguas que deben vigilar y prescribir su reparto entre las personas que tengan derechos á ellas y finalmente fijar á esos empleados el sueldo que para remunerar sus servicios deben erogar los canalistas favorecidos. A todo lo cual, agrega la ley, procederá el juez á petición de cualquier interesado, previa información sumaria que acredite la abundancia ó escasez de aguas;

7º Que de lo anterior se deduce claramente que aun cuando los jueces de aguas una vez que para ello sea necesario tomar en cuenta la abundancia ó escasez de las aguas, sus funciones sin embargo, no son siempre las mismas y atendida su naturaleza, corresponde calificarlas de activas ó de pasivas, según que esté ó nó sometido á turno el río donde prestan sus servicios;

8º Que cuando el río no está sometido á turno los jueces de aguas, de acuerdo con lo que dispone el artículo 3º de la Ordenanza de 3 de enero de 1872, deben hacer por sí mismos la distribución de las aguas entre los canalistas de ambas riberas, velando constantemente por que no se altere dicha distribución y restableciéndola en el acto cuando por cualquier accidente se alterase; deben proponer á la autoridad judicial respectiva lo que fuere conveniente para hacer efectivo el más equitativo y fácil reparto de las mismas aguas; deben pedir auxilio á las indicadas autoridades para hacer cumplir y respetar las demarcaciones que hicieren en las bocas de los canales, y por último, deben tener también los inspectores necesarios, nombrados y pagados por ellos, que les ayuden á velar por que se ejecuten los repartimientos con toda exactitud.

En la situación á que se refiere este considerando, las funciones del juez de aguas son evidentemente activas y para remunerarlas y resarcirle además de los gastos en que con ocasión de las mismas, hubiere incurrido, dispone el artículo 7º de la Ordenanza antes recordada que los dueños de los canales paguen proporcionalmente el sueldo del juez y los gastos que hubiere hecho;

9º Que una vez sometido á turno un río cualquiera por resolución de autoridad competente, ese estado no sufre alteración alguna, aún cuando después sobrevenga abundancia de aguas, y perdura de derecho hasta que el juez á quien corresponde suspenderlo lo dispone así á petición de parte y con conocimiento de causa;

10. Que por tanto, y debiendo pesar sobre los jueces repartidores, durante el turno de los ríos, las obligaciones arriba indicadas, haya ó nó abundancia de aguas, pesa también sobre las canalistas el deber de remunerarlos, sin que puedan excusarse de esta obligación con el pretexto de que por la abundancia de las aguas se hacía de hecho innecesaria la prestación de sus servicios;

11. Que según ya se ha insinuado en otra parte, la suspensión de turnos en los ríos ó esteros no produce la vacancia del cargo de juez de aguas cuyo titular exista; pero reduce sí sus funciones á la condición de meramente pasivas; de tal modo que durante la suspensión, cesa para el empleado aludido toda obligación y servicio; y es entonces natural y lógico que cese de igual manera para los canalistas la obligación de remunerar servicios que no se prestan ó de abonar gastos y trabajos que no se ejecutan;

12. Que si bien la situación especial en que la ley coloca á los jueces de aguas durante la suspensión judicial de los turnos puede sufrir modificaciones, en virtud de acuerdos que legalmente hayan adoptado los canalistas con respecto al sueldo ó remuneración que á dichos empleados puede asignárseles aun para el tiempo de la suspensión, el demandante no ha acreditado en estos autos que tal acuerdo se haya producido en lo que toca á los servicios del estero de Chimbarongo por lo que debe entenderse que en el expresado estero ha regido la ley general sin alteración alguna;

13. Que la fijación ó suspensión de los turnos del río Chimbarongo es un hecho del pleito que debieron acreditar las partes durante la secuela del juicio; y aun cuando el demandado ha tratado de justificar con la prueba testimonial y documental rendida al efecto que

el expresado río no estuvo sometido á turno durante los años que comprende la demanda, tal aserto aparece en parte irrefragablemente contradicho con el certificado y sentencia de los cuales consta que el Juez de Letras de Curicó suspendió el turno sólo desde el 30 de septiembre de 1899, circunstancia que basta para demostrar que antes de esa fecha el turno existía;

14. Que en la demanda se cobran al canalista Gutiérrez León las cuotas correspondientes á los períodos de 1898 á 1899, de 1899 á 1900 y de 1900 á 1901, según textualmente se consigna en la cuenta ó liquidación;

15. Que todo lo expuesto en los considerandos anteriores permite arribar á la conclusión de que los jueces de fondo aplicaron correctamente las leyes que en el recurso se dan por infringidas al declarar que el canalista Gutierrez León debía abonar al juez de aguas demandante la cuota devengada durante la sección ó parte del período de 1898 á 1899, en que el río Chìmbarongo permaneció sometido á turno, y que, por el contrario, infringieron dichas leyes al hacer extensivo el pago de que se trata á los períodos posteriores en que el turno había sido ya suspendido por autoridad competente;

16. Que las infracciones mencionadas han tenido influencia sustancial y directa en lo dispositivo del fallo.

Visto además lo prevenido en los artículos 940, 958 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso interpuesto.

Se invalida, en consecuencia, el fallo expedido por la Corte de Apelaciones de Santiago y procédase por esta Corte á dictar el que corresponde en su reemplazo.

Devuélvase á la parte recurrente la multa consignada.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren.—*Leoncio Rodríguez.—Leopoldo Urrutia.— Galvarino Gallardo. — Carlos Varas.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren. —L. Romilio Mora.*

Y fallando la causa, con la misma fecha,

La Corte:

Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y los considerandos de la sentencia apelada y teniendo presente:

1º Que con arreglo á derecho, los jueces de aguas son funcionarios de carácter permanente que deben durar en su empleo mientras no sean removidos en forma legal y, por lo mismo, su permanencia en dicho cargo no puede resultar afectada por el sometimiento á nuevo turno del río ó estero donde prestan sus servicios, ni tampoco por la suspensión de esta medida; circunstancias ambas que sólo dicen relación con la escasez ó abundancia de las aguas, pero no con el empleo de juez repartidor de las mismas ni con la persona del que tal cargo desempeña;

2º Que no sucede lo mismo en orden á los trabajos y obligaciones que pesan sobre el juez de aguas, según que esté ó nó sometido á turno el río de donde es titular, pues mientras que en el primer caso le corresponde cumplir activamente con todos los deberes que le impone el artículo 3º de la Ordenanza de 3 de enero de 1872, en el segundo sus funciones son meramente pasivas; de tal modo que durante la suspensión del turno cesa de hecho para el empleado aludido toda obligación ó servicio;

3º Que el artículo 7º de la Ordenanza más arriba citada dispone que para remunerar al juez de aguas sus servicios y resarcirle además de los gastos en que hubiese incurrido con ocasión de sus funciones, deben los dueños de cada canal concurrir con una cantidad proporcional á la cuota ó dotación de aguas del respectivo acueducto, á fin de cubrir con ella el sueldo que se fija al juez y los otros gastos á que se ha hecho referencia;

4º Que no teniendo otro objeto el gravamen mencionado en el considerando anterior que remunerar é indemnizar al juez de aguas los servicios y trabajos que presta ó ejecuta durante el turno del río ó estero, es de toda justicia que, cesando dichos servicios y trabajos durante la suspensión del turno, cese también para los canalistas la obligación de erogar cuota alguna para tales menesteres;

5º Que de autos consta que el turno del es-

tero Chimbarongo fué suspendido por decreto del juez de letras de Curicó el 30 de septiembre de 1899 y no aparece que esa suspensión se haya dejado posteriormente sin efecto; y

6º Que habiendo tenido lugar la suspensión del turno sólo en la fecha arriba indicada, tal circunstancia demuestra, salvo prueba en contrario, que no se ha producido, que antes de dicha fecha el río permanecía sometido á turno, y el juez de aguas don Federico Herrera ha tenido por tanto, durante ese tiempo, derecho á la remuneración correspondiente, cualquiera que haya sido la abundancia de las aguas.

Por estos fundamentos y disposiciones legales en ellos citadas y visto también lo prevenido en los artículos 1698, 1713, 1437, 1568 y 1569 del Código Civil, se declara: que ha lugar á la demanda sólo en cuanto don Agustín Gutiérrez León debe pagar á don Federico Herrera, como juez de aguas del estero de Chimbarongo, las cuotas que según la planilla le correspondía erogar desde el año 1898 hasta el 30 de septiembre de 1899, fecha en que se suspendió el turno del mencionado estero y que no ha lugar á lo demás que en dicha demanda se pide.

Se confirma la sentencia apelada de 14 de agosto de 1904 en todo lo que estuviere conforme con la presente y se revoca en lo demás.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren. — *Leoncio Rodríguez. — Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Carlos Vara. —Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.—L. Romilio Mora.*

Cas. en la forma.— 15 de diciembre de 1906

Sucesión Evaristo Ríos con Pimentel

Casación de oficio.—Vista de la causa. — Suspensión. — Abogado; enfermedad. Anuncio de la causa.—Tabla.

DOCTRINA:—*Pedida la suspensión de una causa por el abogado de ella por enfermedad, no puede invocar después la nulidad de la sentencia dictada, fundándose en que la causa estaba mal anunciada en la tabla por haber un error en la última letra del nombre, porque el hecho de pedir la suspensión manifiesta el conocimiento de que era esa la causa*

Solicitada por un abogado la suspensión de una causa por estar enfermo, con el certificado médico correspondiente, si el tribunal ve y falla la causa, falta al trámite esencial de señalar nuevo día para su vista y este vicio autoriza para anular de oficio la sentencia.

Nombrado don Juan A. de la Fuente juez compromisario, por doña Evarista Ríos, en su testamento, este nombramiento fué aprobado por la justicia ordinaria por auto dictado á solicitud de una de las herederas.

Iniciada la participación, creyeron los herederos que era necesario ampliar la jurisdicción del compromisario para que liquidara y dividiera también los bienes quedados por fallecimiento de doña María de los Angeles y de doña Petronila Ríos y Trincado, hermanas carnales de doña Evarista Ríos, en razón de estar en comunidad los bienes de las tres sucesiones y de ser, con pequeñas diferencias, los mismos los interesados en dichos bienes; se practicaron ante la justicia ordinaria las diligencias del caso y el nombramiento fué aprobado.

Reunidos en comparendo los interesados en los bienes de las tres sucesiones, previa la citación ordenada en el inciso 1º del artículo 810 del Código de Procedimiento Civil, acordaron, según consta del acta, nombrar administrador pro-indiviso de los bienes de las tres sucesiones divididas, á don José María Medina, reglamentando esa administración en la forma que indica el acta citada.

Impuesto don José Valeriano Pimentel, albacea y tenedor de bienes, nombrado por doña Evarista Ríos T. del acuerdo expresado, reclamó de él y pidió se dejara sin efecto el

nombramiento de administrador y se declarara que en su carácter de albacea con tenencia de bienes, debía conservar la administración de los bienes inventariados.

De esta petición se confirió traslado y autos á los herederos, trámite que han evacuado.

Con lo expuesto por las partes el juez compromisario con fecha 15 de junio de 1906 resolvió:

Teniendo presente:

1º Que el artículo 810 del Có ligo de Procedimiento Civil, confiere á los interesados ó herederos, la facultad de acordar ó resolver lo que estimen conveniente sobre la administración pro-indiviso de los bienes comunes, con tal que sean citados á comparendo especialmente con ese objeto, y que concurran al acuerdo la mayoría absoluta de los asistentes, que representen á lo menos, la mitad de los derechos de la comunidad; circunstancias que concurrieron cuando se tomó el acuerdo reclamado;

2º Que dicho acuerdo no necesitó para su validez, ser aprobado por el que suscribe, ya que el artículo 810 antes citado, solo le da intervención al compromisario en esta materia, cuando no concurre la mayoría de interesados que el mismo artículo exige;

3º Que es inoficioso pronunciarse, por ahora, sobre el derecho que alega el albacea y tenedor de bienes de la sucesión de doña Evarista Ríos T. para conservar la administración de los bienes inventariados, en razón de que los bienes dejados por la citada señora Evarista, están en comunidad y confundidos con los pertenecientes á las sucesiones de doña María de los Angeles y de doña Petronila Ríos Trincado y estas dos últimas señoras, no nombraron albacea y tenedor de bienes al señor Pimentel; y

4º Que el acuerdo reclamado, fué tomado por los herederos de las tres sucesiones.

Con el mérito de estos considerandos y disposiciones legales citadas, se declara firme, por haber sido tomado con arreglo á la ley, el acuerdo en que los herederos de doña María de los Angeles, de doña Petronila y de doña Evarista Rios y Trincado, nombran á don José María Medina, administrador proindiviso de los bienes de las tres sucesiones y en consecuencia, no ha lugar á la petición formulada por el albacea y tenedores de bienes de doña Evarista Ríos y Trincado, para que se le conserve en la administración de los bienes inventariados, quien deberá entregarlos á don José María Medina, bajo inventario y dentro de tercero día después de ejecutoriado este auto.—*Juan A. de la Fuente.*

Apelado este fallo.

La Corte de Apelaciones:

Santiago, agosto 31 de 1906.—Vistos: Se confirma, con costas del recurso, la resolución apelada de 15 de junio último.—*E. Castillo.—Luis Barriga.—J. Agustín Rojas.—R. Reyes Solar.*

Contra esta sentencia la parte de Pimentel dedujo recurso de casación en la forma, fundado en que no se señaló día para la vista de la causa con las enunciaciones prescritas por la ley. El expediente en lugar de aparecer en la tabla respectiva con el nombre de las partes, como lo previene el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, figuró en la del 31 de agosto con la expresión: "Ríos Evaristo (sucesiones)", que no le corresponde. Se ha infringido, pues, este precepto y los contenidos en los artículos 5º, 171 y 172 del mismo Código, sin que el recurrente pudiera defenderse en la instancia.

Agrega además que su abogado, que se encontraba á la sazón enfermo, según el certificado á que se refiere, encargó á uno de sus colegas que obtuviera la suspensión no sólo de la enunciada causa sino de otra que figuraba en la misma tabla del día indicado, medida que, habiéndose acordado á la segunda, no sabe por qué no se hizo también extensiva á la primera, ó sea á la de "Ríos Evaristo (sucesiones)".

Se abrió un término de prueba para acreditar las causales alegadas, y

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que de lo expuesto por el mismo recurrente en el escrito en que formaliza el recurso aparece que su abogado pidió por enferme-

dad la suspensión de la causa anunciada en la tabla con la designación de "Ríos Evaristo (sucesiones)", suspensión que no se llevó á efecto por el tribunal;

2º Que dicha causa se anunció con el nombre que tiene el expediente en su portada, y el ligero error cometido en la última letra del nombre no es suficiente para establecer que produjo la indefensión del recurrente, pues su abogado por el hecho de haber pedido la suspensión manifestó que esa causa era la denominada "Ríos Evaristo (sucesiones)", en la que debía alegar;

3º Que, de consiguiente, no es aceptable el motivo de casación fundado en que no se señaló día para la vista de la causa con las enunciaciones prescritas por la ley;

4º Que, á pesar de la suspensión de la causa solicitada por su abogado en uso de su derecho que la ley le otorga, tuvo lugar la vista de ella;

5º Que, suspendida la causa, debió señalarse nuevo día para su vista, y no habiéndose hecho así en el caso de que se trata, se ha faltado á un trámite esencial prescrito por el artículo 970 del Código de Procedimiento Civil; y

6º Que, aún cuando esta causal no ha sido formalmente alegada, se encuentra establecida en autos, y da mérito para invalidar la sentencia recurrida en conformidad á lo prescritos en el artículo 949 del mismo Código, visto además el artículo 979, se invalida de oficio dicha sentencia y se repone el proceso en el estado de fijarse nuevo día para su vista por el tribunal correspondiente.

Devuélvase al recurrente la multa consignada.

Redactada por el señor Ministro Varas.

Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Carlos Varas.

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. en la forma. -18 de diciembre de 1906

Bravo con Empresa de Tracción Eléctrica

Cas. en la forma. - Ultra petita.—Accidente.—Perjuicios. - Indemnización —Cuasi-delito.

DOCTRINA: *Si en la demanda se pide el pago de una suma dada como indemnización de perjuicios, es nula por fallar "ultra petita" la sentencia que, al confirmar la de primera instancia que daba lugar en parte á la indemnización pedida, declara que ésta debe pagarse en forma de una pensión vitalicia y que la Empresa demandada debe constituir una garantía para responder por esa pensión durante el tiempo que ella debe durar. Esta última resolución se refiere á un punto no propuesto ni discutido por las partes.*

Don Abraham Herrera Bravo, por doña Enriqueta Bravo, demanda á la Empresa de Tracción y Alumbrado Eléctricos de Santiago para que se declare que debe pagar á su representada la cantidad de $ 40,000 como indemnización por el accidente que sufrió su representada el 4 de diciembre de 1904 y en el cual perdió una pierna y su salud.

En la fecha indicada y como á las 4½ de la tarde, la señora Bravo tomó un tranvía, que llevaba otro acoplado, en la calle de San Pablo, cerca de la esquina de Maturana, y estando de pie en la pisadera, la cobradora le dijo: "no hay lugar", la empujó y botó entre la acera y la línea y el carro acoplado le cortó un pie y le destruyó la pierna izquierda, un poco más arriba de la rodilla. A consecuencia de esto la señora Bravo estuvo dos meses en un hospital, siendo dada de alta, la última vez, el 19 de julio de 1905.

El hecho ha sido producido por la falta de respeto que hácia el público y la sociedad tienen los empleados de la Empresa y le impone á ésta una responsabilidad equivalente á la desgracia irreparable, daños y sufrimientos que ha causado.

Estima que la cantidad que demanda como indemnización no es exagerada, dado el valor que en todo país culto se atribuye á la pérdida de los miembros y á la inutilización para el trabajo, á la aptitud de la señora Bravo

para ganarse la vida holgadamente en el comercio, como lo hacía hasta el momento de su desgracia, y á la estima y dignidad á que, bajo todos conceptos, es acreedora

Don Samuel Claro Lastarria, por The Chilian Electric Tramway and Light Cº Ltd., contestando á la demanda, pide que se absuelva de ella á la Empresa, con costas.

A este fin espone: que es falsa la relación que la demandante hace del suceso; que, naciendo la acción intentada de un cuasi delito, es necesario que el actor pruebe no sólo la existencia del hecho, sino que haya sido producido por un acto de una persona, cuyo acto sea la causa precisa y necesaria del suceso; que siendo en este caso indirecta la responsabilidad de la Compañía, es necesario establecer quién es el empleado que dió origen á ella; que también debe probar que la Compañía, pudiendo evitar los accidentes, no lo hizo; que mientras no se establezca, por cualquier medio, quién fué el empleado, presunto causante del accidente la Compañía no puede asumir ninguna responsabilidad; y aunque fuera efectivo el hecho relatado por la demandante, la Compañía no habría podido evitarlo, como no podría evitar que un empleado suyo matara á un tercero con quien tuviera enemistad ó golpeara á un transeunte, pues estos serían actos propios del individuo, fuera del alcance de la Empresa y que el monto de la indemnización que se pide es fantástico.

En la réplica, la demandante insiste en todos los puntos de su demanda y especialmente: en que á su debido tiempo probará los hechos de que duda el demandado; en que no hay necesidad de indicar el número ni cualidades del carro ni del empleado, pues existe el cuasi-delito, la fuente de la obligación, prescindiendo de estos detalles que sólo importan á la Empresa; y en que la indemnización no es exagerada. Pide que se acepte la demanda.

La dúplica se concreta á reproducir las razones que se han expuesto en la contestación, á demostrar que no puede haber cuasi-delito sin autor determinado (un empleado culpable) y á solicitar que se deseche la demanda.

Se recibió la causa á prueba, se rindió la que consta en autos, alegaron de bien probado, se citó para sentencia y uno de los juzgados de Santiago, con fecha 18 de mayo de 1906, resolvió:

Considerando:

1º Que atendidos los puntos de prueba, las partes están de acuerdo en que la demandante fué atropellada por el carro "remolque" ó "acoplado";

2º Que con la prueba rendida por la demandante se ha acreditado que el accidente se debió á que la conductora del carro-motor, ordenó la partida y empujó á la señora Bravo hacia abajo, con lo que cayó sobre la línea y el carro-remolque le causó las lesiones de que reclama;

3º Que el hecho de "no haber lugar", única causal alegada por la conductora en el momento de echar abajo á la demandante, no la autorizaba para proceder de ese modo, ni menos para dar la partida al mismo tiempo;

4º Que los hechos de no aceptar un pasajero y de ordenar la partida del carro, constituyen evidentemente dos actos del servicio;

5º Que, dada la prueba de la demandante y los hechos materia de ella, no es atendible la prueba rendida por la parte demandada;

6º Que, "todo daño que pueda imputarse á malicia ó negligencia de otra persona, debe ser reparada por ésta", según el artículo 232 del Código Civil, y "los empresarios son responsables no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de sus dependientes", según el artículo 2320 del mismo Código; y

7º Que los hechos establecidos por la parte demandante, demuestran que es exagerada la suma que se cobra por perjuicios.

Visto, además, lo que disponen los artículos 151, 167 y 374 del Código de Procedimiento Civil y 1698 y 1717 del Código Civil, se declara que ha lugar la demanda, en cuanto la Empresa debe pagar por toda indemnización la suma de $ 15,000.—*Dagoberto Lagos.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apeciones:

Santiago, 22 de octubre de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y considerandos de la resolución apelada de 18 de mayo último, se confirma dicha sentencia con declaración de que la Empresa demandada debe pagar á doña Enriqueta Bravo, una

pensión vitalicia de $ 70 mensuales, por toda indemnización de perjuicios; debiendo constituirse por la demandada, la garantía respectiva para responder al cumplimiento de esta obligación, por todo el tiempo que debe durar. El señor Ministro de la Cruz, estuvo por confirmar con la modificación acordada, sin establecer en la presente resolución la forma en que debe asegurarse la renta vitalicia mandada pagar.—*Ignacio Larrain Z. Elías de la Cruz.—Horacio Pinto Agüero.*

Contra esta sentencia la parte demandada ha interpuesto recursos de casación en la forma y en el fondo.

Formalizando el primero de dichos recursos, la Empresa alega que la sentencia al disponer que la parte demandada constituya dicha garantía, ha incurrido en el vicio contemplado en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, porque ha fallado una cuestión no sometida á la decición del Tribunal ni pedida por las partes.

La Corte:

Considerando:

1º Que la sentencia recurrida además de confirmar la de primera instancia con la declaración arrriba expresada, ha extendido su resolución hasta disponer que la Empresa demandada constituya una garantía para responder por la renta vitalicia durante el tiempo que ésta debe durar; y

2º Que esta última resolución constituye el vicio de *ultra-petita*, por referirse á un punto no propuesto ni discutido por las partes y, por consiguiente, no sometido al fallo del Tribunal.

Visto lo dispuesto en el número 4º del artículo 941 y en el 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al presente recurso de casación en la forma y, en consecuencia, se invalida la sentencia de 22 de octubre último y se repone la causa en el estado de dictarse por el Tribunal competente la sentencia que corresponda con arreglo á derecho. Devuélvase la cantidad consignada. Redactada por el señor Ministro Aguirre Vargas. Acordada contra el voto del señor Ministro Gaete, que estima que no debe darse lugar al recurso por los fundamentos que consigna en el libro de votos.—*Leoncio Rodríguez.—Leopoldo Urrutia.—Gabriel Gaete. — Galvarino Gallardo. — Abel Saavedra. — V. Aguirre V.—Carlos Varas.*

VOTO ESPECIAL.

El día 4 de diciembre de 1904, uno de los tranvías de la Empresa de Tracción y Alumbrado Eléctricos de esta ciudad, rompió una pierna á la señora Enriqueta Bravo que, empujada por la cobradora, cayó á la vía, según aquélla lo asegura.

Con este motivo la indicada señora demandó á la Empresa para que se declarase que, como indemnización de perjuicios, debía pagarle la cantidad de $ 40.000.

Tramitada la causa, el juez de primera instancia ordenó abonarle la suma de $ 15.000 y apelada por la parte demandada la sententencia respectiva, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó "con declaración de que la Compañía demandada debía pagar á doña Enriqueta Bravo una pensión vitalicia de $ 70 mensuales por toda indemnización de perjuicios, debiendo constituirse por la demandada la garantía respectiva para responder al cumplimiento de esta obligación, por todo el tiempo que debe durar."

La mencionada Empresa de Tracción y Alumbrado Eléctricos interpuso contra esta última sentencia recurso de casación en la forma y en el fondo y formalizando el primero sobre el cual se pronunció hoy el Tribunal, expresa que dicha sentencia ha incurrido en el vicio contemplado en el número 4º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil al disponer que se constituya una garantía para responder al cumplimiento de la renta vitalicia.

La mayoría del Tribunal ha aceptado esta causal é invalidado, en consecuencia, la sentencia recurrida.

A mi juicio ella no es procedente en el caso en cuestión.

La demanda versa sobre indemnización de perjuicios, ya que esto es lo único que, fundada en la ley, puede dar lugar á su admisión

ó rechazo, según se acredite ó nó la responsabilidad que la Empresa demandada pudiera tener.

La cuantía de esa indemnización así como la forma en que ella se establezca, es decir, ya como renta vitalicia ó de cualquiera otra manera, están sujetas al criterio individual, á la apreciación que cada cual haga da las diversas circunstancias del caso que se presenta.

La parte demandada solicita la cantidad alzada de $ 40.000 por tal indemnización, el juez de primera instancia estimó que esa cantidad debiera ser sólo de $ 15.000 y el Tribunal de Apelación ordenó que la forma de esa indemnización fuera una pensión vitalicia de $ 70 mensuales.

Si la demandante no solicitó la garantía en que se hace consistir la "ultra-petición" de la sentencia recurrida, es porque la naturaleza de su demanda no la hacía necesaria desde que se pedía una cantidad alzada; pero si el Tribunal sentenciador creyó conveniente dar á la indemnización la forma de una pensión vitalicia y si todavía esto se acepta por la parte recurrente, ya que el recurso no se funda en esta circunstancia, ha tenido á mi juicio, la facultad de hacer que el cumplimiento de su sentencia quedase garantido.

Atendida la índole de la indemnización, la garantía va hasta cierto punto envuelta en la indemnización misma, es un detalle que debe necesariamente acompañarla, si no se quiere que aquélla pueda hacerse ilusoria é ineficaz.

Estos son los motivos por los cuales he opinado por el rechazo del recurso que aceptó el Tribunal.

Santiago, 20 de diciembre de 1906. -*Gabriel Gaete.*

———

Cas. en la forma.—3 de julio de 1907

Paradisi con Compañía de Seguros "Law Union and Crown"

Apelación. — Deserción. — Plazo. Comparecencia. — Certificado. —Tabla.

DOCTRINA:—*Debe declararse desierta la apelación á instancia del apelado si el apelante no comparece á seguir el recurso en el plazo de tres días que le concede la ley.*

El Tribunal de Alzada debe resolver la deserción, en este caso, con sólo el mérito del certificado del secretario, es decir, sin otro trámite ó formalidad que éste, según lo prescribe el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, no debe ponerse en tabla la deserción, ya que esto importa una nueva notificación de que en tal día va á hacerse la causa.

———

Don Giocondo Paradisi, en autos con la Compañía de Seguros "Law Union Crown", sobre cobro de un seguro, pidió se diera por contestada la demanda en rebeldía de la Compañía demandada. El juez proveyó, con fecha de 19 de noviembre de 1906: "No apareciendo de los antecedentes que el expresado don Juan J. Murphy sea el representante de la Compañía demandada, para proveer, justifíquese esta representación".

Este auto fué apelado y la Corte de Valparaíso declaró desierto el recurso, á petición de don Giocondo Paradisi, por auto de 4 de enero último, porque la Compañía demandada no había comparecido á seguir la apelación por medio de mandatario "legítimamente constituído".

La Corte estimó que el señor Juan J. Murphy, delegatario de don Jas. A. Moir, apoderado de la Compañía, no podía subdelegar su mandato.

El demandante expone: que así como fué rechazado por la Corte el escrito en que el señor Murphy confería poder al procurador señor Donoso, debe ser también rechazado el escrito en que don Lautaro Benham pretende contestar la demanda á nombre de la Compañía, cuya representación no le ha podido conferir el delegado señor Murphy.

La Compañía demandada, agrega el demandante, no ha contestado la demanda por medio de legítimo representante.

Fundado en esas razones y en cumplimiento del auto de 19 de noviembre de 1906, pidió al juzgado se diera por contestada la demanda en rebeldía y se ordenara á las partes presentar sus minutas en conformidad á la ley.

El juzgado de Valparaíso, con fecha 1º de abril de 1907, resolvió:

Vistos: por acusada la rebeldía se da por contestada la demanda y presenten las partes dentro de cinco días las minutas legales. *J. Jermán Alzérreca.*

Apelada esta resolución y pedida la deserción por el demandante, la Corte falló sin otro trámite que el certificado del secretario:

Valparaíso, 18 de abril de 1907.—Vistos: No habiendo comparecido la Compañía de Seguros "Law Union and Crown" por medio de apoderado legítimamente constituído á seguir los recursos pendientes, dentro del plazo legal; con arreglo á lo dispuesto en los artículos 223 y 224 del Código de Procedimiento Civil, se declara desierta la apelación deducida contra las resoluciones de 1º de abril actual, que se registran, con costas.—*Luis Ignacio Silva.—Pedro N. Pineda.—Carlos A. Vergara.*

La Compañía de Seguros "Law Union and Crown" interpuso recurso de casación en la forma contra esta sentencia.

El recurso se funda en las dos causales siguientes:

1º Falta de emplazamiento en la segunda instancia de la Compañía demandada; y

2º Falta de señalamiento de día para la vista de la causa, con lo cual se ha infringido el artículo 942 del Código de Procedimiento Civil,

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que del escrito y de la diligencia aparece que la parte de la Compañía de Seguros "Law Union and Crown" hoy recurrente, fué debidamente emplazada en la persona de su apoderado;

2º Que en el caso de no comparecer el apelante ante el tribunal resolverá la deserción que se pida por el apelado, con *sólo* el mérito del certificado del secretario, es decir, sin otro trámite ó formalidad que éste, según lo prescrito en el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil;

3º Que si bien, tratándose del orden en que deben fallarse las causas y al consignar la regla general que ese orden ha de ser el de la fecha de su conclusión, establece también el artículo 169 de dicho Código, la excepción acerca de las que deban tener preferencia, entre las cuales se mencionan las cuestiones sobre deserción de recursos, está de manifiesto que en este artículo se trata únicamente del orden ó preferencia para el fallo y no de otro requisito, trámite ó formalidad para que pueda expedirse válidamente;

4º Que todavía, y cualquiera que fuese la interpretación que pudiera darse á este respecto á la prescripción del citado artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, ella sería aplicable á los casos de deserción por otros motivos distintos de la no comparecencia al tribunal superior á seguir el recurso, ya que para éste se ha consignado una disposición expresa, clara y terminante como es la del artículo 224; y

5º Que, por otra parte, si quisiera buscarse la razón filosófica de esta disposición, se encontraría en la circunstancia de que quien no ha comparecido siquiera al tribunal superior á seguir el recurso que ha interpuesto, había manifestado su voluntad de abandonarlo, y no había para qué poner en tabla la deserción que se solicitase, ya que esto importa una nueva notificación de que en tal día va á hacerse la causa.

Visto además lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha el recurso, con costas. Queda apli-

cada á favor del Fisco la cantidad consignada para este recurso.

Redactada por el Ministro señor Gaete.—*Leopoldo Urrutia.* — *Galvarino Gallardo.* — *Gabriel Gaete*—*E. Fóster Recabarren.*

Cas. en el fondo.—12 de julio de 1907

Lagos con Ramírez

Arrendamiento. — Plazo. — Prórroga. — Renovación del contrato. – Comunero. — Apreciación de los hechos.

DOCTRINA:—*Terminado el plazo de un arrendamiento, si el arrendatario continúa en la ocupación y goce de la cosa, esta ocupación hace suponer en él, salvo prueba en contrario, la intención manifiesta de prorrogar el arriendo y cuando de esa intención participa también el arrendador, el arrendamiento se entiende legalmente prorrogado por tres meses más, si se trata de predios urbanos; sin perjuicio de que esta manera de renovación del contrato se repita trimestralmente si concurren las mismas circunstancias que produjeron la primera prórroga.*

Son hechos de la causa, establecidos por el tribunal sentenciador en uso de atribuciones privativas, el haber ocupado un arrendatario la propiedad después de terminado el arriendo y el haber verificado esta ocupación con consentimiento del arrendador.

En comparendo celebrado el 12 de agosto de 1896 en el juicio sobre partición de bienes quedados al fallecimiento de doña Juana María Muñoz, se acordó por los interesados que todos los accionistas que ocuparan alguna propiedad perteneciente á la sucesión pagaran por ella la correspondiente pensión de arrendamiento, sin perjuicio de que, si la partición se retardara quedaba á salvo á los herederos el derecho de reclamar esos arriendos como lo estimaren conveniente.

Entre esos ocupantes de propiedades figuraba don Eulogio Lagos, quien por resolución expedida en el juicio arbitral, debía pagar la renta de $ 50 mensuales por la casa que ocupó.

Por acuerdo tomado en comparendo de 26 de noviembre de 1898 se dejó establecido que el citado Lagos quedaba autorizado para continuar ocupando dicha casa mediante el pago de la misma renta ya estipulada, y hasta que terminase la partición de bienes de la señora Muñoz, madre del arrendatario. Y de conformidad con lo que se expresa en el certificado que corre en autos esa partición quedó aprobada el 29 de agosto de 1901.

La casa ocupada por Lagos se adjudicó por partes iguales á cuatro de sus coherederos, doña Amelia, doña Carmen, doña Tránsito y don Pedro Lagos, según se consigna en las respectivas hijuelas.

Con posterioridad, y en virtud de escrituras respectivamente otorgadas en 20 y 26 de mayo y 19 de junio de 1902, don Eulogio Lagos adquirió la cuota que correspondía á doña Tránsito Lagos y la mitad de la de doña Carmen Lagos, entendiéndose que la venta era de la acción y derechos que las personas nombradas tenían sobre la casa que en común se les adjudicaba.

Don Manuel Antonio Ramírez y los demás comuneros de don Eulogio Lagos en el dominio de la casa, formularon demanda en contra del mismo para que se les mandara pagar la cantidad de $ 950, por arriendos devengados durante los diecinueve meses comprendidos entre octubre de 1901 y abril de 1903, con deducción de la parte que al mismo demandado correspondía en tales arriendos, $ 356.25 por la compra de derechos de que se ha hecho mérito: con lo que la demanda quedaba reducida á $ 593.75.

A pesar de que la partición de bienes de doña Juana María Muñoz quedó terminada como antes se ha dicho, en agosto de 1901, la demanda no comprendía las pensiones correspondientes á los dos meses posteriores, porque los demandantes expusieron que ellas habían sido pagadas por el demandado.

Para establecer mejor la cantidad cobrada pidieron los demandantes que el actuario practicara la respectiva liquidación de esos cánones; lo que fué ordenado por el Juzgado.

Practicada esa liquidación, resultó como saldo adeudado por el señor Lagos, la misma suma de $ 593.75 expresada en la demanda, por lo que se dispuso se despachara el respectivo mandamiento de embargo contra el señor Lagos.

Este señor solicitó revocatoria del auto que ordenaba ese mandamiento de embargo, fundándose en que no había título ejecutivo de ninguna clase en su contra. "Yo celebré, dice, con los demandantes un contrato de arriendo de esa casa, por el cánon de $ 50 mensuales, por todo el tiempo que durara la partición de los bienes de mi finada madre y pagué el valor de dichos arriendos. Pero ahora pretenden que pague á los demandantes arriendo después de concluído el contrato y después que yo adquirí dominio en la casa arrendada."

Continúa sosteniendo que ese contrato era título ejecutivo mientras estuvo vigente, y no después de concluído el plazo estipulado, á lo que se agrega que el arriendo cesó también por haber pasado á ser condueño de la casa arrendada.

Conferido traslado de esta solicitud, la contestaron los demandantes invocando el artículo 462 del Código de Procedimiento Civil que impide toda discusión antes del requerimiento de pago y citación de remate. Sin embargo, pasaron á hacer las siguientes reflexiones: si bien es cierto que el plazo estipulado en el contrato de arriendo caducó, no es menos cierto que se renovó por la aparente aquiescencia de las partes manifestada por el arrendatario por el pago de dos meses de cánones, después de terminada la partición de los bienes de la señora Muñoz viuda de Lagos y con la aceptación de este pago por parte de los arrendadores.

El hecho de que el señor Lagos haya pasado á ser accionista de la casa arrendada, no priva á los arrendadores del derecho de cobrar sus cuotas, que es lo que hacen en la demanda, á lo que se agrega que el señor Lagos se hizo accionista sólo once meses después de terminada la partición, ó sea después de terminado el plazo de arriendo: de modo que durante aquel tiempo no tuvo dominio alguno sobre la cosa arrendada.

En este estado del juicio convinieron las partes en someterlo á compromiso, nombrando árbitro que fallase por el mérito de los antecedentes producidos por ellas hasta la fecha.

Este árbitro citó para oir sentencia, y con fecha 15 de julio de 1903, resolvió:

Con lo relacionado y teniendo presente:

1º Que las partes están de acuerdo en la existencia del contrato de arriendo que invocan los demandantes;

2º Que si bien el plazo de ese contrato fué sólo por el tiempo que durase la partición de los bienes de doña Juana María Muñoz viuda de Lagos, el hecho de continuar don Eulogio Lagos ocupando esa casa y pagando los cánones, como lo aseguran los demandantes, importa la renovación de ese contrato, ó por lo menos su continuación, según el artículo 1956 del Código Civil;

3º Que el hecho de haber adquirido el señor Lagos algunas acciones en la casa arrendada, no ha podido extinguir sus obligaciones como arrendatario sino hasta concurrencia de sus derechos de propiedad, según el artículo 1667 del Código Civil;

4º Que de las copias aparece que la casa en cuestión fué adjudicada por cuartas partes á doña Amalia Lagos de Ramírez; á la sucesión de doña Carmen Lagos de Ramírez, representada por sus hijos don Carlos Filadelfo, don Julio, don Leopoldo y don Alejandro Ramírez; á la sucesión de don Pedro Pablo Lagos, representada por su viuda doña Parmenia Muñoz por sí, y como apoderada de sus hijos; y á doña Tránsito Lagos representada por su hijo don Benjamín Contardo; y de las

escrituras aparece que don Eulogio Lagos adquirió la cuarta parte que en esa casa correspondía á doña Tránsito Lagos de Contardo y la mitad de otra cuarta parte que correspondía á don Carlos Filadelfo y don Julio Ramírez;

5º Que la liquidación guarda perfecta conformidad con los derechos que á los comuneros corresponde en esa casa en los diecinueve meses de cánones expresados en la demanda, á razón de $ 50 mensuales, ó sea $ 237.50 á doña Amalia Lagos de Ramírez; otra suma igual á doña Parmenia Muñoz viuda de Lagos; y la mitad de la misma suma á don Leopoldo y don Alejandro Ramírez, ó sea en todo $ 593.75.

6º Que don Ismael Gana y don Fernando Soto, que también figuran como actores no tienen parte en la casa arrendada y sólo por error han podido suscribir la demanda.

Por estos fundamentos y disposiciones legales citadas, se declara: que ha lugar á la demanda y que, en consecuencia, don Eulogio Lagos debe pagar á los demandantes mencionados en el considerando 5º, dentro de tercero día los $ 593,75, saldo de la liquidación, bajo apercibimiento de llevarse adelante el embargo decretado, con costas, en que se condena al señor Lagos incluyendo en ellas el honorario del infrascrito que lo estima en $ 60.—*Luis M. Fernández.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Talca, 5 de agosto de 1904.—Vistos: eliminando el considerando segundo y teniendo en su lugar presente que, según aparece de autos, el arrendatario don Eugenio Lagos, después de terminado el arriendo á que se refiere el acuerdo, continuó ocupando la casa arrendada con aquiescencia de los arrendadores, lo cual implica la renovación de dicho arriendo, se confirma la sentencia apelada de 15 de julio del año próximo pasado, con declaración de que no ha lugar á la condenación en costas de primera instancia, por haber carecido el árbitro de facultad para imponerlas y sin perjuicio de que su honorario sea cubierto por quien corresponda.—*Urrutia.—Montero.—R. Dueñas.*

Contra esta sentencia la parte demandada interpuso recurso de casación en el [illegible] por haberse infringido, según dice al [illegible] zarlo, las disposiciones contenidas en los [illegible] sos 1º y 2º del artículo 1956 del Código Civil.

"El inciso 1º del citado artículo, dice el recurrente, establece que una vez terminado el arrendamiento por desahucio ó de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendatario á la retención de la cosa por el arrendador es una renovación del contrato".

"Y según la disposición del inciso 3º, agrega, sólo en dos casos se entiende renovado el contrato de arrendamiento después de expirado el plazo de su duración; 1º, cuando el arrendatario con el beneplácito del arrendador hubiere pagado el cánon de cualquier espacio de tiempo subsiguiente á la terminación del contrato, y 2º cuando ambas partes hubiesen manifestado por hechos inequívocos su intención de perseverar en el arriendo. Y aún concurriendo ambas circunstancias, la renovación sólo se entenderá por el término de tres meses en los predios urbanos".

"En el caso que nos ocupa no ha concurrido ninguna de las dos circunstancias previstas por la ley para estimar que la intención de los contratantes fué renovar el contrato de arriendo. El arrendatario señor Lagos, no pagó cánon alguno después de expirado el término del contrato".

En el escrito en que el recurrente funda el recurso interpuesto, reproduce las alegaciones hechas al formalizarlo y sostiene "que el fallo de la Iltma. Corte de Talca, sin antecedente alguno, sin fundarse en ningún hecho constante de autos, da por sentado el hecho de que entre las partes hubo acuerdo tácito para prolongar el contrato de arriendo más allá de la fecha prefijada para su terminación y bajo las mismas condiciones que antes".

Respondiendo al escrito anterior, la parte demandante dice que: "La cuestión se reduce á apreciar los antecedentes que obran en autos, si importan ó nó hechos inequívocos que manifiesten la intención de las partes de perseverar en el arriendo y esto no es materia de casación. No hay aquí ninguna doctrina legal aceptada ó rechazada por el fallo recurrido que pueda contribuir á sentar jurisprudencia,

que es el objeto de las casaciones, nadie niega que debe aplicarse el inciso 3º del artículo 1956 del Código Civil.

"Por otra parte, la sentencia en sí misma es justa y fundada; don Eulogio Lagos se hizo accionista de la casa mucho tiempo después de haberse renovado el arrendamiento por la mutua aquiesciencia de las partes, mucho tiempo después de terminada la partición dentro de la cual pactó el arriendo, como puede verse por las fechas de las escrituras que corren en compulsa y por las hijuelas que también obran en autos. Además como arrendatario ó como accionista, debe indemnizar á los demandantes, pagándoles el arriendo correspondiente á sus cuotas en la casa común".

Se oyó el informe de uno de los ministros del Tribunal y

La Corte:

Considerando:

1º Que es un antecedente del pleito, establecido en la causa y aceptado por las partes, que don Eulogio Lagos ocupó como arrendatario la casa perteneciente á la sucesión de su madre doña Juana María Muñoz, á que se refiere la demanda, y aun cuando por acuerdo de los herederos de la indicada sucesión, el arrendamiento debía entenderse terminado tan pronto como se practicara la liquidación de la herencia, se ha establecido, asimismo, como hecho del juicio, que después de esa liquidación, Lagos continuó ocupando la misma casa arrendada con aquiesciencia de los arrendadores, ó sea, de las personas á quienes dicha casa se adjudicó;

2º Que la ocupación y goce del arrendatario sobre la casa arrendada por más tiempo del señalado en el contrato, supone en él, salvo prueba en contrario, la intención manifiesta de prorrogarlo; y cuando de esa intención participa también el arrendador, como expresamente lo han declarado los demandantes en el caso de autos, el arrendamiento se entiende legalmente prorrogado por tres meses más, si se trata de predios urbanos, sin perjuicio de que esta manera de renovación del contrato se repita trimestralmente si concurren las mismas circunstancias que produjeron la primera prórroga;

3º Que esta situación jurídica de los contratantes, en orden á la renovación del contrato por el beneplácito del arrendador, no ha sufrido legalmente modificación alguna por el mero hecho de haber adquirido posteriormente el arrendatario Lagos el dominio de una parte de la casa arrendada, puesto que habiendo manifestado los otros condueños su intención de no conceder gratuitamente al comunero demandado el goce de la cosa común, goce al cual habían señalado precio, el arriendo se entiende que subsiste á nombre de la comunidad á que Lagos debe, en consecuencia, pagar la renta convenida, con deducción únicamente de la parte de dicha renta que corresponde á su cuota en el dominio de la casa;

4º Que la conclusión precedente guarda plena conformidad con lo que acerca de los derechos y obligaciones recíprocas de los comuneros, se contiene en los artículos 2305, 2308, 2310 y 208 del Código Civil que rigen esta materia; y

5º Que, de consiguiente, el Tribunal de la apelación, que al confirmar la sentencia de primera instancia, se ha limitado á poner en práctica los principios jurídicos desarrollados en los considerandos anteriores, no ha violado y por el contrario, ha aplicado correctamente las disposiciones de los incisos 1º y 3º del artículo 1956 del precitado Código, en cuya supuesta infracción se basa el recurso.

Por estos fundamentos, y visto además lo dispuesto en los artículos 940 y 973 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de fondo interpuesto, sin costas, por haber litigado el recurrente con privilegio de pobreza.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V.—Leoncio Rodríguez.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—19 de julio de 1907

Wall con Márquez

Hipoteca. — Indivisibilidad. — Acreedor hipotecario.—Renuncia de garantía.

DOCTRINA: —*Hipotecadas dos ó más propiedades en garantía de una misma deuda, el acreedor puede perseguir á su elección y por el total de la deuda cualquiera de los predios hipotecados, porque la hipoteca es indivisible.*

El dueño de uno de estos predios no puede oponerse á la acción del acreedor, exigiéndole que se dirija conjuntamente en contra de las distintas propiedades hipotecadas.

La renuncia que hace el acreedor de parte de la garantía hipotecaria no está prohibida por la ley y sólo mira al interés individual del renunciante.

Por el contrato de mutuo consignado en escritura pública otorgada en Chillán el 14 de octubre de 1899, don Salvador Candia se constituyó deudor de doña Elcira Navarrete por el capital de $ 1.000 é intereses del 13% anual y por el término de un año, contado desde el 1º de septiembre anterior, hipotecando en garantía dos propiedades ubicadas en la ciudad indicada; una en la calle de Purén y la otra en la Cañada Sur. Este crédito fué cedido por la señora Navarrete á don Teófilo Márquez, como los interesados lo reconocen, aunque no se presentó el documento que acredita esta cesión.

En 17 de abril de 1900 Candia vendió á doña María del Tránsito Figueroa una de las propiedades hipotecadas, la que está ubicada en la Cañada Sur.

Como consecuencia de un juicio sobre cumplimiento de contrato, en 7 de enero de 1904, á solicitud de doña Carmen Wall, se despachó mandamiento de embargo contra doña Encarnación Márquez por la suma de $ 2.500, intereses y costas y se hizo efectivo en la propiedad de la calle de Purén que aparecía como de su dominio en esa época sin que se haya exhibido el título de adquisición de la señora Márquez.

Seguido este juicio ejecutivo por sus trámites legales, se adjudicó á la misma ejecutante doña Carmen Wall la propiedad de la calle de Purén por el precio de $ 2.010 reconociendo además un gravamen hipotecario, constituído por don Salvador Candia para ejercer la curatela de los menores Juan Manuel, Gregoria, Juana Rosa y José Antonio Candia Márquez.

La señora Wall manifestó al Juzgado que la propiedad le había sido adjudicada por un precio inferior á la cantidad que demandó ejecutivamente de la señora Encarnación Márquez y reconociendo el gravamen constituído á favor de los menores Candia, y que, según lo comprueba el certificado, el otro acreedor hipotecario don Teófilo Márquez, cesionario de doña Elcira Navarrete, había cancelado la hipoteca constituída para garantir el crédito, por lo que pedía se extendiera á su favor la correspondiente escritura de adjudicación.

El Juzgado por providencia de 26 de agosto de 1904, decretó: "Como se pide, previa notificación de don Salvador Candia".

Notificado Candia de esta providencia, se opuso á que se otorgara la escritura de remate alegando que la cancelación de la hipoteca que gravaba la propiedad de la calle de Purén perjudica á doña María del Tránsito Figueroa, poseedora de la otra propiedad afecta á ese mismo gravamen; que Márquez al cancelar esta hipoteca perseguía el objeto de que la señora Wall, que es sólo acreedora valista, se pagara íntegramente de su crédito, obligando con esto á que la propiedad de la señora Figueroa respondiera por todo el crédito que la señora Navarrete cedió á don Teófilo Márquez. Agrega que la hipoteca es indivisible según el artículo 2408 del Código Civil y tratándose de una misma hipoteca que afecta á dos predios de distintos dueños no es lícito libertar á uno de ellos. Concluye manifestando que como se ha ordenado el depósito de los fondos producto del remate, pide repo-

sición del decreto que ordena extender escritura de adjudicación á favor de doña Carmen Wall, declarando que no puede procederse á su otorgamiento si no se deposita previamente el precio.

Doña María del Tránsito Figueroa invoca el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil y hace suya la petición formulada por el deudor Candia para exigir que se respete el decreto ya ejecutoriado que ordenó depositar el precio de la subasta; y así, las hipotecas que pesan sobre la finca embargada serían pagadas con ese precio, que si no alcanza á cubrir el crédito cedido á don Teófilo Márquez, ella pagaría el saldo por la obligación que pesa sobre su propio predio; pero, no debe pagarse la señora Wall de su crédito á costa de los bienes de su propiedad. Como la señora Wall se apresuró á pedir la adjudicación, debe dejarse sin efecto esa escritura, suspendiéndose la inscripción respectiva.

De esta presentación se dió traslado que fué notificado á la ejecutante, la que, respondiendo, expone: que ha reconocido el gravamen hipotecario á favor de los menores Candia Márquez, por lo que el curador de éstos don Salvador Candia no tiene derecho alguno que ejercitar ni puede oponerse á que se otorgue la escritura definitiva de remate; que la intervención de doña María del Tránsito Figueroa en este juicio no está justificada, porque el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil no puede aplicarse, desde que esta intervención sólo tiende á entorpecer la marcha regular del juicio, lo que no puede admitirse según el artículo 17 del mismo Código; que no se ha violado el precepto del artículo 2408 del Código Civil, ya que la indivisibilidad de la hipoteca sólo significa que el acreedor puede cobrar toda la deuda ejerciendo su derecho sobre cualquiera de las cosas que le han sido hipotecadas, sin que el dueño pueda exigir al acreedor que ejercite previamente su acción contra alguna de las otras; que el decreto que manda depositar el precio del remate carece del objeto, porque de las dos hipotecas que gravaban la propiedad, una fué cancelada por el acreedor hipotecario y la otra está expresamente reconocida por la ejecutante.

El Juzgado de Letras de Chillán, en 29 de noviembre de 1904, resolvió:

Vistos: Teniendo presente que la escritura de adjudicación á favor de doña Carmen Wall se mandó hacer en la forma que se pidió, esto es respetando y dejando vigente la hipoteca á favor de los menores Candia, no ha lugar, con costas, á la reposición solicitada por don Salvador Candia. Teniendo presente que si bien aparece de manifiesto que don Teófilo Márquez ha cancelado la hipoteca de una de las casas que garantizaban el crédito que compró á la señora Navarrete (y á que se refiere la escritura) con el propósito de favorecer á la adjudicataria señora Wall, lo que perjudica indudablemente á doña María del Tránsito Figueroa, compradora de la otra casa hipotecada y á que se refiere la escritura, ha hecho el señor Márquez uso de un derecho que le es privativo, cual es renunciar á una parte de la hipoteca que garantiza su crédito, se declara que no ha lugar á lo pedido por la señora Figueroa. Se concede la apelación interpuesta en subsidio por don Salvador Candia.—*A. Maldonado.*

Apelada esta resolución y la que ordena estender la escritura de remate á favor del ejecutante, la Corte de Apelaciones falló:

Talca, 26 de mayo de 1905.—Vistos: se confirman las resoluciones apeladas de 26 de agosto y de 29 de noviembre del año próximo pasado, con costas del recurso.—*J. C. Herrera.—J. Román B.—Montero.—F. Urrutia.*

Contra esta sentencia dedujo recurso de casación en el fondo doña María del Tránsito Figueroa y formalizándolo expone que esa sentencia está basada en el error de que el acreedor hipotecario tiene derecho privativo para renunciar ó extinguir á su arbitrio la hipoteca, aun cuando perjudique á actuales poseedores de los bienes hipotecados y esto contraría las disposiciones legales sobre la materia:

Que la renuncia de parte del gravamen habría que deducirla de la facultad de cancelar que reconoce la misma ley ó de la renuncia de derechos cuyo desistimiento no afecta á terceros;

Que no cabe esa renuncia dentro del artículo

2434 del Código Civil que señala los diversos casos de extinción del gravamen y, entre éstos, la cancelación; pero esta debe ser total, ya que la cancelación parcial importaría dividir la hipoteca y dicho artículo no confiere al acreedor tal facultad;

Que extinguiendo el gravamen de una propiedad para que pese todo en otra se deja á los poseedores en condición desigual é injusta, pues liberta á uno de la deuda sin dejarle ligado á la acción de reintegro respecto de otro, que para cancelar un gravamen, hay que tomar en cuenta á los poseedores y la renuncia parcial ó sea sus divisiones cambia los bienes y las personas sobre las cuales va á producir efectos;

Que esto no lo puede efectuar á su voluntad el acreedor, porque á nadie se le puede obligar en distinta forma á la estipulada:

Que el artículo 12 del Código Civil no permite la renuncia parcial de la hipoteca, porque, para que puedan renunciarse libremente los derechos, es necesario que sólo miren al interés individual del renunciante;

Que en el caso actual esta renuncia manifiesta el propósito de perjudicar á terceros;

Que si ella paga el total de la deuda que importa el gravamen no tendrá contra el otro poseedor el derecho que confiere el artículo 1530 del mismo Código para reintegrarse de la parte que afecte á dicho poseedor, aunque están ambos obligados al pago total de una obligación indivisible como lo es la hipoteca;

Que además se le privaría de derecho de subrogación que otorgan los artículos 1610 y 2429 de ese Código, que autorizan al poseedor que paga la hipoteca para reclamar del otro poseedor su concurrencia en el pago, ejerciendo este derecho en la forma que le habría hecho el acreedor mismo, pero sólo dentro de los términos del artículo 1530 ya citado;

Que á nadie se le puede obligar en otra forma de la privativamente establecida, á menos de que preste su consentimiento en las condiciones del artículo 1445 del Código Civil.

Concluye expresando que todas las disposiciones citadas quedan abrogadas en sus efectos con la renuncia parcial divisoria del gravamen, y como esta situación contraría tales preceptos y ha influido en la parte dispositiva de la sentencia recurrida, procede declarar la casación solicitada.

En rebeldía de la misma recurrente que no fundó el recurso, se entregaron los autos á la parte recurrida, la que expone: que en la formalización del recurso no se hace mención expresa y determinada de la ley que lo concede, como lo exige el artículo 945 del Código de Procedimiento Civil; que el artículo 2434 del Código Civil autoriza al acreedor para la cancelación de la hipoteca que puede ser total ó parcial, porque la ley no contiene al respecto limitación alguna; que demuestra esta interpretación el examen del inciso 2º del mismo artículo, que dice que se extingue la hipoteca por la resolución del derecho del que la constituyó ó por el evento de la condición resolutoria según las reglas legales y así en el caso de dos predios hipotecados puede resolverse el derecho del poseedor de uno de ellos y el acreedor perseguir la deuda en el otro predio, sin que este poseedor pueda ejercitar derecho alguno de reintegro en contra del primero; que no se ha infringido el artículo 12 del Código Civil porque la renuncia no afecta el interés de la recurrente, pues su propiedad responde del total de la deuda según el artículo 2408 del mismo Código y ella conserva los derechos contra el deudor principal que otorga el artículo 2429; que no se ha infringido el artículo 1530 porque no hay pluralidad de deudores; que en este juicio no se ha ejercitado la acción personal del acreedor contra el deudor y que la acción real será dirigida contra una de las fincas hipotecadas, porque la obligación de la otra se extinguió por remisión; que conforme al artículo 1531 del Código Civil la extinción de la obligación indivisible importa el cumplimiento de ella por cualquiera de los alegados y este cumplimiento se efectúa sólo por el pago.

En conclusión pide se declare improcedente ó inadmisible el recurso, con costas.

Se oyó el dictamen de uno de los señores Ministros; y

La Corte:

Considerando:

1º Que el inciso 2º del artículo 2408 del Có-

digo Civil determina como consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca que "cada una de las cosas hipotecadas á una deuda y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella;

2º Que esta condición establecida en beneficio del acreedor le da derecho para perseguir á su elección y por el total de la deuda, cualquiera de varios predios hipotecados; y el inciso 1º del artículo 2428 del mismo Código le autoriza para usar de esta facultad "sea quien fuere el que posea la finca" y sin atender al título con que la hubiere adquirido, exceptuando sólo el caso de pública subasta ordenada por el juez, caso que no se ha producido ni se ha alegado en este juicio;

3º Que el deudor ó el poseedor reconvenidos en esta forma no tienen derecho para oponerse á la acción del acreedor, exigiéndole que se dirija conjuntamente en contra de las distintas propiedades hipotecadas, precisamente porque la hipoteca es indivisible y tiene las condiciones anteriormente manifestadas;

4º Que la renuncia que hace el acreedor de parte de la garantía hipotecaria no está prohibida por la ley y sólo mira al interés individual de la persona en favor de quien fué constituida;

5º Que el derecho de cancelar la hipoteca antes de extinguirse la obligación principal lo reconoce expresamente el inciso final del artículo 2434 del Código Civil;

6º Que el precepto del artículo 2429 de este Código, que invoca el recurrente, según su texto literal y claro no le da derecho para oponerse á la cancelación parcial de la hipoteca, ya que ni siquiera le permite exigir que se persiga primero al deudor personalmente obligado;

7º Que el artículo 1530 no ha podido tener aplicación en el caso actual, porque el deudor es uno y no dos ó más;

8º Que no se ha producido ni fallado alguna de las situaciones que enumera el artículo 1610 del mismo Código;

9º Que, aunque en el escrito de formalización se hace referencia también al artículo 1445 de dicho Código no se dice cómo ha podido ser contrariado por el fallo recurrido ni si realmente el recurrente entiende que lo ha sido; y

10. Que, en consecuencia, no aparecen infringidos los preceptos legales señalados en la formalización del recurso.

Visto lo dispuesto en los artículos 940, 945, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Talca de 20 de mayo de 1905.

Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro suplente señor Vial Ugarte.—*Carlos Varas.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo. — Gabriel Gaete. — Leoncio Rodríguez— E. Fóster Recabarren.—L. Vial Ugarte.*

Cas. en la forma.—15 de julio de 1907

Aracena y otros con Fisco

Militares.—Pensiones de invalidez.—Retiro.—Competencia de los Tribunales. —Ordenanza del Ejército.—Presidente de la República; facultad privativa.

DOCTRINA:—*La pensión de invalidez que la ley de 22 de diciembre de 1881 concede á los oficiales é individuos de tropa que han hecho las campañas contra el Perú y Bolivia en la guerra del Pacífico, no es de la naturaleza de aquellas que se conceden por la Ordenanza del Ejército, sino que es una recompensa especial acordada por la ley mencionada que se rige por ella.*

Si bien el número 11 del artículo 73 de la Constitución Política establece que es atribución exclusiva del Presidente de la República el conceder pensiones

de jubilación, retiros, licencias y goces de montepío con arreglo á las leyes, es competente la justicia ordinaria para conocer de una demanda por pensiones por la ley especial de 1881, pues esta recompensa no ha sido materia de las disposiciones, ni está sujeta á las prescripnes de la Ordenanza del Ejército.

Aún cuando corresponde exclusivamente al Presidente de la República conceder jubilaciones, retiros, licencias y montepíos con arreglo á las leyes, concedido ó declarado el derecho al retiro, el conocimiento de las cuestiones que puedan producirse respecto del momento desde el cual deben gozarse ó el valor de las pensiones con que debe ser acudido el retirado, corresponde al Poder Judicial, ya que se trata de un mero juicio entre el solicitante y el Fisco (Doctrina de la Corte de Apelaciones).

El militar cuyo derecho á la pensión de invalidez, acordada por la ley de 22 de diciembre de 1881, ha sido declarado por decreto supremo el año 1899, tiene derecho al pago de esta pensión desde la fecha de la ley (Doctrina C. Apels.).

Los soldados inválidos Luis Aracena, Estanislao Díaz y Silvestre López, que hicieron la campaña del Pacífico, á quienes se les ha declarado una pensión de gracia de $ 16,16, á contar desde la vigencia de la ley de 6 de septiembre de 1899, demandaron al Fisco diciendo que el decreto del Presidente de la República que les manda pagar la pensión desde el año citado no está en conformidad con lo prescrito por la ley de 22 diciembre de 1881, que les acuerda esta recompensa, por lo que han interpuesto esta demanda á fin de que se les declare con derecho á ella desde la vigencia de la ley de 1881, con descuento de las cantidades que, por pensión de invalidez han recibido, según lo expresan en escrito posterior á la demanda.

La ley de 6 de septiembre de 1899, dicen, no es una ley que establezca la fecha desde la cual hayan de pagarse las pensiones y no ha tenido otro objeto que conceder un nuevo plazo para los que creyéndose acreedores á la gracia de la pensión, puedan ejercitar sus derechos. El derecho á la pensión no arranca pues de la del 99 sino de la del 81.

Según esto, el Presidente de la República ha incurrido en error al fijar, como fecha inicial para el pago de las pensiones, la de la vigencia de la ley del 99.

En virtud de lo expuesto entablan demanda en contra del Fisco, á fin de que se declare que debe pagárseles las pensiones insolutas de $ 9,33 mensuales á cada uno, á contar desde la vigencia de la citada ley del 81, hasta la de la de 7 de febrero de 1895, y desde ésta á razón de $ 16,16 hasta la vigencia de la de 6 de septiembre de 1899.

Posteriormente, el procurador de los demandantes declaró que éstos habían sido cubiertos de las pensiones que les correspondían desde el 1º de enero de 1895, en razón de lo cual limitaba la demanda al tiempo anterior á la fecha indicada.

Se dió por contestada la demanda en rebeldía del Fisco.

Se oyó al Ministerio público y se citó para sentencia.

En este estado, promovió el señor Director del Tesoro artículo de incompetencia, el que fué aceptado por el Juzgado por resolución de 9 de septiembre de 1905.

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, 21 de septiembre de 1906.—Vistos: Teniendo presente: que aún cuando corresponde exclusivamente al Presidente de la República, de acuerdo con lo dispuesto en el número 11 del artículo 73 de la Constitución Política, conceder jubilaciones, retiros, etc., en conformidad á la ley; concedido ó declarado el derecho al retiro, el conocimiento de las cuestiones que puedan producirse en orden á la fecha en que debe gozarse ó el valor de las pensiones con que debe ser acudido el retirado corresponden al poder judicial, ya que se

trata de un mero juicio entre el solicitante y el Fisco, pues se encuentra declarado su derecho por la autoridad á quien la Constitución da esa facultad y que el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promueban en el orden temporal en el territorio de la República cualquiera que sea su naturaleza corresponden á los Tribunales de Justicia.

Visto lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley Orgánica de los Tribunales se revoca la resolución apelada de 9 de septiembre de 1905 y se declara que no ha lugar al artículo de incompetencia deducido por el Director del Tesoro y que debe regir la citación para sentencia.

Acordada contra el voto del señor Ministro don Juan Crisóstomo Herrera quien estuvo por confirmar la resolución apelada con el mérito de los considerandos 1º, 2º, 3º y 7º del mismo fallo.—*Elías de la Cruz.—J. C. Herrera.—Horacio Pinto Agüero.*

Pronunciándose el juzgado sobre el fondo mismo de la cuestión, dictó, con fecha 8 de noviembre de 1906, la siguiente sentencia:

Considerando:

1º Que el derecho á las pensiones de que se trata fué establecido por la ley de 22 de diciembre de 1881;

2º Que si, como se ha declarado por el Presidente de la República, según los decretos acompañados á la demanda, los demandantes se hallan comprendidos entre los beneficiados por esta ley, se deduce que ya tenían derecho á la pensión á la vigencia de dicha ley; y

3º Que si la resolución del Ejecutivo contenida en los decretos en referencia, es meramente declarativa, no ha podido cercenar el derecho establecido por la ley, limitando tal derecho á sólo una parte de las pensiones que se adeudan á los demandantes.

Con arreglo á lo dispuesto por la mencionada ley de 22 de diciembre de 1881, artículos 1º y 7º, se declara que ha lugar á la demanda, entendiéndose que las pensiones se pagarán hasta el 1º de enero de 1895.—Anótese y consúltese.—*Moisés Lazo de la Vega.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, 4 de mayo de 1907.—Vistos: se confirma la sentencia apelada de 8 de noviembre de 1906.

El señor Ministro Barriga tuvo además presente que ya ha sido fallada en 1ª y 2ª instancia la competencia de los Tribunales de Justicia para conocer de la presente cuestión. —*Luis Barriga.—José T. Marín—Montero.*

El Director del Tesoro dedujo contra esta sentencia recurso de casación en la forma y formalizándolo, dice que la sentencia recurrida ha infringido la disposición del número 11 del artículo 73 de la Constitución Política del Estado, dictando sentencia en asunto que no es de la competencia de la Corte de Apelaciones.

El número 11 del artículo citado establece que es atribución exclusiva del Presidente de la República conceder pensiones de jubilaciones, retiros, licencias y goces de montepíos con arreglo á las leyes.

De modo que, estando atribuída esta facultad especial, privativa al Presidente de la República, no puede otro poder del Estado entrar á conocer en un juicio que tenga por objeto modificar la resolución del Presidente de la República sin violar esta disposición constitucional.

Fundó el recurso en la disposición del número 1º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil

La Corte:

Considerando:

Que la pensión de invalidez que la ley de 22 de diciembre de 1881 concede á los oficiales é individuos de tropa que han hecho las campañas contra el Perú y Bolivia en la guerra llamada del Pacífico, no es de la naturaleza de aquellas que se conceden por la Ordenanza del Ejército en el título 49, sino una recompensa especial acordada por la ley mencionada, que se rige por las prescripciones de esa misma ley;

Que si bien el número 11 del artículo 73 de la Constitución Política del Estado establece que es atribución exclusiva del Presidente de la República conceder pensiones de jubilación, retiros, licencias y goces de montepíos con arreglo á las leyes, en la cuestión actual se

trata de una recompensa excepcional concedida por una ley especial, recompensa que no ha sido materia de las disposiciones, ni está sujeta á las prescripciones de la Ordenanza del Ejército;

Que calificada la naturaleza de la demanda con arreglo á las consideraciones que preceden, el juzgamiento de ella corresponde á los Tribunales de Justicia, á quienes está atribuída exclusivamente por el artículo 1º de la Ley Orgánica de los Tribunales la facultad de conocer en las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado;

Que de la misma manera el artículo 5 de esta ley preceptúa que "A los tribunales que la presente ley establece estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza ó la calidad de las personas que en ellos intervengan", salvo las excepciones establecidas en el mismo artículo, entre las cuales no se encuentra la cuestión debatida en este juicio.

En mérito de estas consideraciones y disposiciones legales citadas se declara sin lugar el recurso.

Redactada por el Ministro señor Palma Guzmán.

Acordada contra los votos del señor Presidente Varas y Ministro señor Aguirre, quienes fueron de opinión que debía darse lugar al recurso de casación, por considerar que es atribución exclusiva del Presidente de la República conceder las pensiones de invalidez otorgadas por vía de recompensa en la ley de 22 de diciembre de 1881 á los militares que hicieron la campaña Perú-boliviana, ley de cuya aplicación se trata en este juicio.

El señor Presidente consigna especialmente las razones de su voto en el libro correspondiente.—*Carlos Varas.—J. Gabriel Palma Guzmán.—V. Aguirre V.—Leoncio Rodríguez.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—22 de julio de 1907

Maffei y otros con Fisco

Pensiones. — Militares. — Invalidez — Competencia — Sentencia interlocutoria. Improcedencia del recurso de casación.

DOCTRINA:—*Provocada en primera instancia la cuestión de incompetencia del juez para conocer del asunto materia de la demanda y aceptada esta incompetencia, la sentencia de la Corte de Apelaciones que revoca la de primera instancia y establece la competencia del tribunal, se pronuncia precisamente sobre la cuestión que estaba llamada á resolver y no falla con manifiesta incompetencia.*

La sentencia que se pronuncia sobre la competencia de la justicia ordinaria para conocer de una demanda es interlocutoria que no pone término al juicio ni hace imposible su continuación y no procede, por tanto, en su contra el recurso de casación.

Es competente la justicia ordinaria para conocer de una demanda de pago de pensiones militares por invalidez (Doctrina de la C. de A.)

Don Nemesio Muñoz V., en representación del capitán de ejército don Julio Maffei, del subteniente don Jaime Mandiola, de los sargentos segundos Martin Pérez, José Sótero Urquiola, Federico Velásquez, José María Alvarez y de los soldados, Ignacio Silva, José del C. Orellana, Francisco Arredondo, Santiago Lizama, José Díaz, Belisario Salazar, Francisco Ortiz, Juan Ramírez y Nicolás Muñoz, interpuso demanda contra el Fisco representado por el Director del Tesoro, para que se declare en definitiva que debe pagarse á sus representados las pensiones que les corresponden como inválidos de la campaña contra

la dictadura de 1891 y con arreglo á la ley de 22 de diciembre de 1881.

Aunque sus mandantes se han presentado dentro de los plazos fijados por la ley, las cédulas les mandan pagar las pensiones solamente desde la fecha del decreto del Presidente de la República y no desde la última revista en el servicio activo como está mandado por decreto de 26 de enero de 1882.

Para extenderles la cédula de invalidez se ha tenido presente la ley de recompensas de 22 de diciembre de 1881, aplicable á los que hicieron la campaña contra la dictadura por ley de 9 de enero de 1892 y la de 2 de febrero de 1905 y sin embargo, las pensiones no se han mandado pagar desde la fecha que corresponde.

El Director del Tesoro pidió que se declarara incompetente el Juzgado para fallar el asunto, formulando incidente de previo pronunciamiento, fundado en que es atribución del Presidente de la República, acordada por el número 11 del artículo 73 de la Constitución del Estado, el conceder jubilaciones, retiros, montepíos y en subsidio pidió que se absolviera al Fisco de la demanda.

Uno de los Juzgados de Santiago, con fecha 27 de octubre de 1906, resolvió:

Vistos: Con lo expuesto por las partes y teniendo presente:

1º Que el derecho á una pensión de jubilación ó de retiro, no es un crédito, por lo cual, no nace de él la acción que reconoce el Código Civil en el artículo 578;

2º Que si de ese derecho no nace acción civil, no puede ser materia de una causa civil.

3º Que tal derecho, así como el de obtener licencia que pueden ejercitar ciertos empleados públicos, es un derecho de gracia, meramente administrativo, del cual nace una acción también administrativa que ha de ventilarse ante el Presidente de la República, á quien, según la Constitución Política, artículo 73, (82) número 11, corresponde conocer en la materia, ó ante otros funcionarios ó tribunales de carácter administrativo tal como acontece en todos los países que se rigen por principios constitucionales análogos á los de Chile; y

4º Que á los tribunales de justicia, según lo prevenido por la ley Orgánica de Tribunales, artículos 1º y 4º, sólo corresponde conocer de las causas civiles y criminales, y les está prohibido mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos, en razón del principio de la separación de las distintas ramas del mismo poder público que reconoce el sistema constitucional y legal que rige á la Nación.

Se declara que ha lugar á la excepción dilatoria formulada á nombre del Fisco por el libelo de 4 de junio último.—*Moisés Lazo de la Vega.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones falló:

Santiago, 6 de enero de 1907.—Vistos: Teniendo presente:

1.º Que en la demanda se persigue el pago de ciertas pensiones á que el demandante se cree con derecho, y que dice le son adeudadas por el Fisco;

2º Que, por consiguiente, no se trata en la dicha demanda de que los tribunales se pronuncien sobre la validez ó nulidad del decreto supremo en que se declaró el derecho del pensionado, atribución ésta que sólo corresponde á su Excelencia el Presidente de la República;

Visto lo dispuesto en el artículo 1º y en el artículo 5º de la ley de 15 de octubre de 1875, se revoca la resolución apelada de 27 de octubre último, y se declara que la justicia ordinaria es competente para conocer en el presente juicio.

Acordada contra el voto del señor Ministro don Felipe Herrera, quien fué de opinión se confirmara la resolución apelada por las razones consignadas en la sentencia de fecha 10 de enero del año próximo pasado, recaída en el juicio seguido por don Domingo Godoy con el Fisco.—*Darío Benavente.—José T. Marín.—Felipe Herrera.*

El Director del Tesoro anunció recurso de casación en la forma y en el fondo contra esta resolución.

Formalizando el primero de los recursos dice que el Tribunal ha pronunciado una sentencia con manifiesta incompetencia.

Que el artículo 73, número 11 de la Constitución del Estado preceptúa que es atribu-

ción exclusiva del Presidente de la República, conceder jubilaciones, retiros y goce de pensiones de montepío con arreglo á las leyes.

Que el Presidente de la República, haciendo uso de esta atribución concedió una pensión determinada de pesos á los demandantes y esta pensión no podrá ser modificada por sentencia de la Corte de Apelaciones.

Y finalmente funda el recurso en la disposición del número 1º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Conociendo de este recurso

La Corte:

Considerando:

1º Que provocada ante el Juez Letrado por el representante fiscal la cuestión de incompetencia de dicho juez para conocer del asunto materia de la demanda, no hay mérito legal para establecer que se haya incurrido en el vicio previsto en el número 1º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, por haber decidido la Corte de Apelaciones, revocando el fallo de primera instancia, la misma cuestión de incompetencia que estaba llamada á resolver, cualquiera que sea el sentido de esa resolución;

2º Que la resolución de que se recurre en casación, aunque interlocutoria, no es de aquellas que ponen término al juicio ó hacen imposible su continuación;

3º Que la disposición del artículo 939 del Código de Procedimiedto Civil no concede el recurso de casación contra esta clase de resoluciones.

Se declara que no ha lugar al recurso.

Redactada por el señor Ministro Palma Guzmán.

Esta resolución ha sido acordada contra el voto del señor Presidente Varas, quien fué de opinión de que se diera lugar á este recurso por los fundamentos que consigna en el libro respectivo.—*Carlos Varas.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Leoncio Rodríguez.—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—25 de julio de 1907

Grace y Cª con Simonetti (1)

Cosa juzgada. — Juicio ejecutivo.— Título ejecutivo. — Letra de cambio.— Protesto. — Aceptación. — Demanda ordinaria.

DOCTRINA:— *La sentencia recaída en juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado, salvo que antes de dictarse, el actor ó el reo pidiere reserva de sus acciones ó excepciones para deducirlas en el ordinario y el tribunal así lo declare, existiendo motivos calificados, lo que siempre se concede respecto de acciones y excepciones no referentes á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución.*

La demanda ordinaria debe interponerse dentro de quince días, bajo pena de no ser admitida después.

En consecuencia, desechada por sentencia la acción ejecutiva para el cobro de una letra de cambio por ser ineficaz el protesto y por no estar reconocida en forma legal la aceptación del librado al tiempo de despacharse el mandamiento de embargo, siendo dicha aceptación condición esencial para el pago de la letra, si el ejecutante no pide antes de la sentencia que se le reserve su acción para el juicio ordinario, ni interpone demanda ordinaria dentro de quince días de dictada la sentencia, la demanda ordinaria que después deduzca debe ser rechazada por inadmisible.

---

(1) Véanse sentencias anteriores sobre este mismo asunto publicadas en esta Revista, Año II. 2ª Parte, 2.ª sección, pág. 49. Grace y C.ª con Simonetti.

En junio de 1903 don Ricardo Simpson, como agente de la firma social de W. R. Grace y Cª, inició ejecución contra don Domingo Simonetti, comerciante de esta ciudad, persiguiendo el pago del saldo, ascendente á $ 5.213,46, de una letra de cambio girada desde Valparaíso por la expresada casa de Grace y Cª y cuyo valor primitivo era de $ 8.213,46 por el valor de las mercaderías compradas por Simonetti á la casa indicada.

Seguida la ejecución por todos su trámites, el deudor opuso la excepción que establece el número 7º del artículo 485 del Códigó de Procedimiento Civil, fundada en que no se hizo el protesto de la letra en la época oportuna señalada por el artículo 724 del Código de Comercio.

Rechazada esta excepción en la sentencia de primera instancia, por haber reconocido el librado, la aceptación de la letra durante el juicio, fué acogida por el Tribunal de Alzada en la de segunda, la que estimó ineficaz el protesto verificado á los cuatro meses después de su vencimiento y, asimismo, por no constar la aceptación del librado al tiempo de despacharse el mandamiento de embargo.

Notificado el cúmplase de la resolución de segunda instancia de que acaba de hacerse mención, en 13 de abril de 1904, Grace y Cª pidieron se citase á don Domingo Simonetti para que compareciera á la presencia judicial con el objeto de reconocer la firma puesta por él en la aceptación de la letra de cambio que fué objeto del juicio ejecutivo ya terminado.

Habiéndose opuesto Simonetti á la diligencia solicitada por Grace y Cª, se falló la incidencia, aceptando la oposición de aquél, según consta de la resolución confirmada.

Con estos antecedentes y en 26 de agosto de 1904, Grace y Cª presentaron contra don Domingo Simonetti demanda ordinaria, en la cual piden se declare, en conformidad á los artículos 1545, 1546 y 1569, inciso 1º, del Código Civil, que el expresado Simonetti debe pagar á W. R. Grace y Cº el saldo de $ 5.213,46 de la letra de cambio ya referida, intereses corrientes hasta el día del pago y costas.

Contestando el señor Simonetti expone que absolutamente nada, por título alguno, debe á la casa demandante, que inicia este juicio confundiendo un crédito procedente, según ella, de una supuesta compra de mercaderías, con las obligaciones nacidas del contrato de cambio.

La letra aludida, continúa, ninguna importancia tiene, porque no impone obligación respecto del girador, como ya lo han declarado dos sentencias recaídas en dos juicios ejecutivos. En uno de estos juicios opuso excepción de insuficiencia del título, que fué aceptada por sentencia de término por lo cual, conforme al artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, existe ya cosa juzgada sobre el mérito legal de dicha letra.

Sostiene que la simple aceptación de la letra no le impone obligación de pagarla, tanto menos por no haber sido protestada oportunamente. La falta de protesto oportuno revela en su concepto la inexistencia de obligación de su parte y que la aceptación si se puso, fué para realizar un negocio que no se llevó á cabo.

Observa á mayor abundamiento que según el artículo 648 del Código de Comercio el aceptante no contrae obligación alguna respecto del librador, mientras éste no cumpla la principal de sus obligaciones, esto es la de hacer oportunamente provisión de fondos para pagar la letra á su vencimiento, y como los señores Grace y Cª jamás pudieron acreditar tal provisión, no tiene el exponente responsabilidad en este asunto.

Pide, por lo expuesto, se rechace, con costas, la demanda.

En la réplica, se observa que con lo expuesto en la contestación, la dificultad se reduce á saber si el aceptante de una letra, haya sido ó no protestada oportunamente, está ó no obligado á pagarla, y á fijar el verdadero alcance de las resoluciones judiciales de que se hace mérito. En cuanto á lo primero, sostiene que el artículo 648 del Código de Comercio se refiere á un caso distinto, al en que el librador que gira por cuenta propia está obligado á proveer de fondos al librado, no al aceptante, antes del vencimiento para pagar la letra; el librado, simple mandatario del librador, puede aceptar ó no el encargo de pagarla, si tiene ó no provisión de fondos;

pero si acepta se hace deudor directo en virtud de su aceptación; la acción ejercitada en la demanda es la correspondiente contra el aceptante conforme al artículo 676 de ese Código; el señor Simonetti ha reconocido su aceptación de la letra que se le cobra, no ha alegado jamás falsedad de esta aceptación, y no puede, por tanto, excusarse de pagarla íntegramente; la falta de protesto oportuno no produce la extinción de su obligación como aceptante, sino la caducidad de los derechos del tenedor contra el librador y endosante, según el artículo 700 del mismo Código, la obligación del aceptante subsistirá mientras no se extinga por el pago ú otro de los modos expresados en el artículo 1567 del Código Civil. Refiriéndose á lo segundo, esto es, al efecto verdadero de las sentencias indicadas, hace notar que en ninguna de ellas se ha declarado la inexistencia de la obligación del señor Simonetti, cuyo cumplimiento se persigue en este juicio. La de término, recaída en el seguido ante el cuarto juzgado, ordenó el alzamiento del embargo atendiendo á que por el protesto tardío la letra de cambio carecía de mérito ejecutivo; y la dictada por el quinto juzgado sólo declaró, fundada en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil, la improcedencia de la preparación de la vía ejecutiva por medio de reconocimiento de la firma puesta por el señor Simonetti en la aceptación de la letra. Sostiene por esto que no hay cosa juzgada.

Solicita en conclusión que se dé lugar á la demanda, con costas.

La dúplica se dió por evacuada en rebeldía, y se ordenó que las partes presentaran en el término legal minuta de puntos de prueba y nómina de testigos; y habiendo trascurrido el término sin hacerlo, á petición del demandante, se citó á las partes para sentencia. Uno de los juzgados de Santiago, con fecha 14 de agosto de 1905, resolvió:

Considerando:

1º Que las partes están de acuerdo en que ante el cuarto juzgado civil de este departamento W. R. Grace y Cª siguieron ejecución contra don Domingo Simonetti, cobrándole la misma suma que ahora, en virtud de la letra de cambio alegada como fundamento de la demanda, y en que esa ejecución fué revocada por sentencia de término, por faltar al título algunos de los requisitos ó condiciones exigidos por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva, conforme á lo dispuesto en el número 7º del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil;

2º Que según consta de las posiciones y su absolución, también están de acuerdo las partes en que dicha letra fué girada en noviembre de 1902 por la casa Grace y Cª en favor de su oficina de Santiago, contra don Domingo Simonetti que la aceptó, por la suma de $ 8.213,46;

3º Que por regla general, conforme al artículo 499 de dicho Código, la sentencia recaída en juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el juicio ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado, salvo que antes de dictarse, el actor ó el reo pidieren reserva de sus acciones ó excepciones para deducirlas en el ordinario, y el tribunal así lo declare, existiendo motivos calificados, lo que siempre se concede respecto de las excepciones y acciones no referentes á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución;

4º Que no consta que en la referida ejecución se haya declarado reserva de acciones en favor de W. R. Grace y Cª, quienes, además, han debido entablar demanda ordinaria dentro de quince días de notificada la sentencia, conforme al inciso último del citado artículo 499 bajo pena de no serle admitida después;

5º Que de los antecedentes aparece que la demanda en este juicio ha sido interpuesta fuera de término y, por consiguiente, es ella inadmisible;

6º Que, á mayor abundamiento, W. R. Grace y Cª como libradores por cuenta propia han estado en la obligación de proveer de fondos al librado don Domingo Simonetti antes del vencimiento de la letra, conforme al artículo 648, inciso 2º del Código de Comercio, y si bien el artículo 676 del mismo Código impone al aceptante la obligación de pagarla tenga ó nó provisión de fondos, si no probare que la letra es falsa, en el presente caso siendo el tenedor de la letra el librador mismo, éste

no puede excusarse del cumplimiento previo de aquella obligación para poder exigir el pago; y

7º Que el señor Simonetti ha negado haber recibido la referida provisión de fondos, y por parte de W. R. Grace y Cª no se ha probado haberla hecho.

De conformidad con lo dispuesto también en los artículos 67, 151, 167, 331, 389 y 885 del Código de Procedimiento Civil y 1698, 1702 y 1713 del Código Civil, se declara sin lugar, con costas, la demanda.—*Arturo Ayala.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones:

Santiago, 30 de mayo de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y los cinco primeros considerandos de la sentencia de primera instancia y teniendo además presente que en el juicio ordinario á que puso fin la referida sentencia W. R. Grace y Cª cobran el saldo de la letra de cambio que sirvió de base á la ejecución que dichos señores iniciaron contra don Domingo Simonetti, acción ejecutiva que fué rechazada, según consta de la resolución que rechazaba por inadmisible la demanda, no es oportuno pronunciarse respecto del fondo de las acciones deducidas en ella. Visto lo dispuesto en los artículos 193, número 6º y 499 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia de 14 de agosto último, en cuanto se rechaza por inadmisible la demanda.

Acordada contra el voto del señor Ministro Barriga, quien fué de opinión que se declarara admisible la demanda y se resolviera en consecuencia sobre el fondo de las excepciones opuestas por las razones que consigna en el libro respectivo.—*L. Barriga.—José T. Marín. Elías de la Cruz.*

Contra esta sentencia dedujo la casa Grace y Cª recurso de casación en el fondo y formalizándolo dice:

La sentencia tiene por único fundamento la disposición mal aplicada del artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, precepto que ha sido infringido por el Tribunal de Alzada.

La cosa juzgada de que se ocupa ese artículo comprende únicamente la cuestión ó cuestiones que hubiesen sido discutidas ó tratadas en el juicio ejecutivo y falladas por la resolución que en él hubiere recaído.

Ahora bien, en el juicio ejecutivo que precedió al actual ordinario sólo se discutió si la letra girada por Grace y Cª, protestada fuera del plazo legal, tenía ó nó mérito ejecutivo. No se discutió ni se puso en duda siquiera la existencia de la letra de cambio y de las obligaciones que de ella resultaban, sino únicamente si esas obligaciones estaban ó no amparadas por el carácter ejecutivo con que la ley favorece ciertos créditos. Fué éste el punto resuelto en sentido favorable al recurrente en la sentencia de primera instancia, y que la Corte falló en sentido contrario, declarando probada la excepción opuesta en el escrito, que se fundaba en que el protesto de la letra en cuestión carecía de eficacia legal.

Fué, pues, aquella una cuestión de procedimiento, de requisitos relativos á la forma en que podía cobrarse la obligación; pero que no comprendía ni afectaba el fondo de la obligación misma, la cual quedaba subsistente.

En cambio el juicio ordinario en que se ha dictado la sentencia impugnada ha versado sobre la existencia ó inexistencia de la obligación.

El recurrente ha sostenido que por el hecho de la aceptación de la letra por Simonetti, éste se constituyó deudor principal y directo.

El demandado, á su turno, objeta el mérito legal de la letra y sostiene que su aceptación no le impone obligación alguna por falta del protesto y por falta de provisión de fondos.

La sentencia del juicio ejecutivo no había cerrado la entrada al juicio ordinario.

La reserva de acciones á que se refiere el inciso 2º del artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, es necesaria respecto del punto ó puntos que hubieren sido fallados por la sentencia dictada en el juicio ejecutivo; pero no de aquellos que ni siquiera han sido tomados en consideración en esa sentencia.

Se ha infringido por consiguiente el artículo 499 ya citado del Código de Procedimiento Civil.

El recurrente desarrolla con más extensión estas observaciones en el escrito en que funda el recurso, y la parte recurrida sostiene que

pero si acepta se hace deudor directo en virtud de su aceptación; la acción ejercitada en la demanda es la correspondiente contra el aceptante conforme al artículo 676 de ese Código; el señor Simonetti ha reconocido su aceptación de la letra que se le cobra, no ha alegado jamás falsedad de esta aceptación, y no puede, por tanto, excusarse de pagarla íntegramente; la falta de protesto oportuno no produce la extinción de su obligación como aceptante, sino la caducidad de los derechos del tenedor contra el librador y endosante, según el artículo 700 del mismo Código, la obligación del aceptante subsistirá mientras no se extinga por el pago ú otro de los modos expresados en el artículo 1567 del Código Civil. Refiriéndose á lo segundo, esto es, al efecto verdadero de las sentencias indicadas, hace notar que en ninguna de ellas se ha declarado la inexistencia de la obligación del señor Simonetti, cuyo cumplimiento se persigue en este juicio. La de término, recaída en el seguido ante el cuarto juzgado, ordenó el alzamiento del embargo atendiendo á que por el protesto tardío la letra de cambio carecía de mérito ejecutivo; y la dictada por el quinto juzgado sólo declaró, fundada en el artículo 498 del Código de Procedimiento Civil, la improcedencia de la preparación de la vía ejecutiva por medio de reconocimiento de la firma puesta por el señor Simonetti en la aceptación de la letra. Sostiene por esto que no hay cosa juzgada.

Solicita en conclusión que se dé lugar á la demanda, con costas.

La dúplica se dió por evacuada en rebeldía, y se ordenó que las partes presentaran en el término legal minuta de puntos de prueba y nómina de testigos; y habiendo trascurrido el término sin hacerlo, á petición del demandante, se citó á las partes para sentencia. Uno de los juzgados de Santiago, con fecha 14 de agosto de 1905, resolvió:

Considerando:

1º Que las partes están de acuerdo en que ante el cuarto juzgado civil de este departamento W. R. Grace y Cª siguieron ejecución contra don Domingo Simonetti, cobrándole la misma suma que ahora, en virtud de la letra de cambio alegada como fundamento de la demanda, y en que esa ejecución fué revocada por sentencia de término, por faltar al título algunos de los requisitos ó condiciones exigidos por las leyes para que tenga fuerza ejecutiva, conforme á lo dispuesto en el número 7º del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil;

2º Que según consta de las posiciones y su absolución, también están de acuerdo las partes en que dicha letra fué girada en noviembre de 1902 por la casa Grace y Cª en favor de su oficina de Santiago, contra don Domingo Simonetti que la aceptó, por la suma de $ 8.213,46;

3º Que por regla general, conforme al artículo 499 de dicho Código, la sentencia recaída en juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el juicio ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado, salvo que antes de dictarse, el actor ó el reo pidieren reserva de sus acciones ó excepciones para deducirlas en el ordinario, y el tribunal así lo declare, existiendo motivos calificados, lo que siempre se concede respecto de las excepciones y acciones no referentes á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución;

4º Que no consta que en la referida ejecución se haya declarado reserva de acciones en favor de W. R. Grace y Cª, quienes, además, han debido entablar demanda ordinaria dentro de quince días de notificada la sentencia conforme al inciso último del citado artículo 499 bajo pena de no serle admitida después;

5º Que de los antecedentes aparece que la demanda en este juicio ha sido interpuesta fuera de término y, por consiguiente, es ella inadmisible;

6º Que, á mayor abundamiento, W. R. Grace y Cª como libradores por cuenta propia han estado en la obligación de proveer de fondos al librado don Domingo Simonetti antes del vencimiento de la letra, conforme al artículo 648, inciso 2º del Código de Comercio, y si bien el artículo 676 del mismo Código impone al aceptante la obligación de pagarla tenga ó nó provisión de fondos, si no probare que la letra es falsa, en el presente caso siendo el tenedor de la letra el librador mismo, éste

no puede excusarse del cumplimiento previo de aquella obligación para poder exigir el pago; y

7º Que el señor Simonetti ha negado haber recibido la referida provisión de fondos, y por parte de W. R. Grace y Cª no se ha probado haberla hecho.

De conformidad con lo dispuesto también en los artículos 67, 151, 167, 331, 389 y 885 del Código de Procedimiento Civil y 1698, 1702 y 1713 del Código Civil, se declara sin lugar, con costas, la demanda.—*Arturo Ayala.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones:

Santiago, 30 de mayo de 1906.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y los cinco primeros considerandos de la sentencia de primera instancia y teniendo además presente que en el juicio ordinario á que puso fin la referida sentencia W. R. Grace y Cª cobran el saldo de la letra de cambio que sirvió de base á la ejecución que dichos señores iniciaron contra don Domingo Simonetti, acción ejecutiva que fué rechazada, según consta de la resolución que rechazaba por inadmisible la demanda, no es oportuno pronunciarse respecto del fondo de las acciones deducidas en ella. Visto lo dispuesto en los artículos 193, número 6º y 499 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia de 14 de agosto último, en cuanto se rechaza por inadmisible la demanda.

Acordada contra el voto del señor Ministro Barriga, quien fué de opinión que se declarara admisible la demanda y se resolviera en consecuencia sobre el fondo de las excepciones opuestas por las razones que consigna en el libro respectivo.—*L. Barriga.—José T. Marín. Elías de la Cruz.*

Contra esta sentencia dedujo la casa Grace y Cª recurso de casación en el fondo y formalizándolo dice:

La sentencia tiene por único fundamento la disposición mal aplicada del artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, precepto que ha sido infringido por el Tribunal de Alzada.

La cosa juzgada de que se ocupa ese artículo comprende únicamente la cuestión ó cuestiones que hubiesen sido discutidas ó tratadas en el juicio ejecutivo y falladas por la resolución que en él hubiere recaído.

Ahora bien, en el juicio ejecutivo que precedió al actual ordinario sólo se discutió si la letra girada por Grace y Cª, protestada fuera del plazo legal, tenía ó nó mérito ejecutivo. No se discutió ni se puso en duda siquiera la existencia de la letra de cambio y de las obligaciones que de ella resultaban, sino únicamente si esas obligaciones estaban ó no amparadas por el carácter ejecutivo con que la ley favorece ciertos créditos. Fué éste el punto resuelto en sentido favorable al recurrente en la sentencia de primera instancia, y que la Corte falló en sentido contrario, declarando probada la excepción opuesta en el escrito, que se fundaba en que el protesto de la letra en cuestión carecía de eficacia legal.

Fué, pues, aquella una cuestión de procedimiento, de requisitos relativos á la forma en que podía cobrarse la obligación; pero que no comprendía ni afectaba el fondo de la obligación misma, la cual quedaba subsistente.

En cambio el juicio ordinario en que se ha dictado la sentencia impugnada ha versado sobre la existencia ó inexistencia de la obligación.

El recurrente ha sostenido que por el hecho de la aceptación de la letra por Simonetti, éste se constituyó deudor principal y directo.

El demandado, á su turno, objeta el mérito legal de la letra y sostiene que su aceptación no le impone obligación alguna por falta del protesto y por falta de provisión de fondos.

La sentencia del juicio ejecutivo no había cerrado la entrada al juicio ordinario.

La reserva de acciones á que se refiere el inciso 2º del artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, es necesaria respecto del punto ó puntos que hubieren sido fallados por la sentencia dictada en el juicio ejecutivo; pero no de aquellos que ni siquiera han sido tomados en consideración en esa sentencia.

Se ha infringido por consiguiente el artículo 499 ya citado del Código de Procedimiento Civil.

El recurrente desarrolla con más extensión estas observaciones en el escrito en que funda el recurso, y la parte recurrida sostiene que

no debe darse lugar al recurso, porque la sentencia dictada en el juicio ejecutivo ha producido cosa juzgada.

Se oyó el dictamen de uno de los Ministros de este Tribunal y

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que en el juicio ejecutivo seguido por la casa Grace y Cª, contra don Domingo Simonetti, se cobraba á éste el saldo de una letra de cambio girada desde Valparaíso por los expresados Grace y Cª, ascendente á la cantidad de $ 5.213,46 en la inteligencia de que la letra de que se trata había sido aceptada por el librado Simonetti, según así se expresa en la respectiva demanda, y en virtud de lo dispuesto en el número 4º del artículo 455 del Código de Procedimiento Civil, disposición que da mérito ejecutivo á la letra de cambio respecto del aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad á su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago, aun cuando la firma no esté reconocida por el aceptante;

2º Que despachado el mandamiento de embargo, opuso el ejecutado la excepción que establece el número 7º del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, fundado en que el protesto de la letra que servía de título á la ejecución se había hecho después del siguiente día de su vencimiento, y que carecía de eficacia legal, según lo dispuesto en los artículos 722, 723 y 734 del Código de Comercio, debiendo, por lo tanto, revocarse la ejecución y absorvérsele de la demanda;

3º Que el ejecutante en el escrito en que respondió á las excepciones, sostuvo que para el principio legal establecido en la 2ª parte del número 4º del artículo 445 del Código de Procedimiento Civil, nada importaba que el protesto se hubiera hecho ó nó dentro del plazo fijado por el artículo 724 del Código de Comercio, que si se omite ó retarda el protesto queda siempre la obligación del aceptante, principal deudor, quien no puede escusarse del pago de la letra sino probando que ella es falsa, como así se desprende del artículo 676 del citado Código, disposición que está de acuerdo con la del número 4º del artículo 455 del Código de Procedimiento Civil, y que el mismo Simonetti ha reconocido expresamente, en el escrito de excepciones, la existencia de la deuda y la autenticidad de la aceptación, por lo que debía, en consecuencia, llevarse adelante la ejecución;

4º Que la sentencia de primera instancia desechó la excepción opuesta y dió lugar á la demanda ejecutiva, fundándose, como lo manifiestan los considerandos 4º y 5º, en que el ejecutado Simonetti no desconoce haber aceptado sin formular tacha alguna la letra que sirve de título á la obligación, en términos que la falta de oportunidad del protesto en nada afecta dicha obligación, no altera las relaciones del aceptante con el portador, ya que la aceptación constituye al aceptante á la obligación de pagarla á su vencimiento, salvo que probare su falsedad, circunstancia que el ejecutado no ha aducido en autos;

5º Que la sentencia de segunda instancia, para revocar la de primera que había dado lugar á la acción ejecutiva, no sólo tuvo presente la ineficacia legal del protesto hecho extemporáneamente y á un empleado de Simonetti en ausencia de éste, sino también la circunstancia de que no podía entenderse reconocida la aceptación de la letra por el librado y por establecido el mérito ejecutivo de aquélla, atendidas las condiciones en que fué protestada, sin que fuera bastante para subsanar el vicio originario del título, el hecho de haber reconocido el ejecutado en el escrito de excepciones la aceptación por él de la letra referida, según así aparece en los considerandos 5º, 6º y 7º de la sentencia de que se trata;

6º Que en la demanda entablada en el juicio actual de que procede el recurso de Grace y Cª, se insiste en cobrar á Simonetti el saldo de $ 5.213,46 de la letra de cambio girada por aquellos, que fué materia de la ejecución anterior y por la misma causa de pedir, ó sea, por haber Simonetti aceptado dicha letra, aceptación que fué objeto, como queda explicado, de la controversia de las partes y de las sentencias dictadas en aquel juicio;

7º Que según lo dispuesto en el artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, "la sentencia recaída en el juicio ejecutivo produce

cosa juzgada, tanto respecto del ejecutante, como del ejecutado", y si bien dicho artículo establece que puede concederse una reserva de acciones ó excepciones para el juicio ordinario, ella sólo puede tener cabida á petición del actor ó del reo por motivos calificados y ántes de dictarse la sentencia del juicio ejecutivo, salvo que se trate de las acciones y excepciones que no se refieran á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución, respecto de las cuales siempre se concederá la reserva;

8º Que rechazada la acción ejecutiva por no estar reconocida en forma legal la aceptación del librado al tiempo de despacharse el mandamiento de embargo y siendo dicha aceptación una condición esencial para el pago de la letra, el ejecutante ha debido pedir oportunamente la reserva indicada en el artículo 499 del Código de Procedimiento Civil, á fin de acreditar en el juicio ordinario la aceptación expresada;

9º Que el ejecutante no solicitó la reserva de su acción ordinaria y, por lo demás, la demanda del juicio de que procede el recurso aparece entablada después del plazo señalado en el inciso 3º del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, por lo que no ha podido ser admitida en ningún caso; y

10. Que atendido lo expuesto, el Tribunal de Alzada al acoger la excepción de cosa juzgada denegando lugar á la demanda, ha hecho una aplicación correcta del artículo 499 del Código de Procedimiento Civil y no existe, por consiguiente, la infracción denunciada por el recurrente.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo, deducido en este juicio por W. R. Grace y Cª. Aplícase al Fisco la cantidad de $ 150 consignada.

Redactada por el señor Ministro Bernales.

Acordada contra el voto del Ministro señor Varas, quien fué de opinión de que debía darse lugar al recurso por las razones que establece en el libro respectivo.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—3 de julio de 1907

Carvacho con Mascayano

Mora.—Intereses.—Retención judicial.—Facultad del deudor

DOCTRINA: — *No incurre en mora ni está obligado al pago de los intereses respectivos el deudor que no paga al acreedor en el plazo convenido, si antes del vencimiento se le notifica en forma legal una orden judicial de retener en su poder la suma debida, orden decretada á petición de un tercero.*

Si bien el deudor pudo libertarse de toda responsabilidad consignando en un Banco ó en arcas fiscales á la orden judicial la cantidad debida, no estaba obligado á hacerlo y por no haber ejercido una facultad no puede incurrir en penas que la ley reserva para faltas en el cumplimiento de obligaciones.

Por escritura pública otorgada en San Fernando en 2 de mayo de 1898, doña Rosa Carvacho viuda de Valenzuela prometió á don Wenceslao Mascayano, venderle por el precio de $ 10.000 una casa ubicada en la Avenida de Junín, de aquella ciudad.

Por su parte, Mascayano se obligó á vender á la señora Carvacho una casa situada en la calle de Llanquihue de Santiago, por el precio de $ 6.000.

Computando el precio de estas promesas y de otras ventas de muebles y mercaderías, que se pactaron en la misma escritura, las partes declararon que don Wenceslao Mascayano, quedaba debiendo á doña Rosa Carvacho la suma de $ 7.000, que el primero se obligó á pagar á la segunda en dos dividendos iguales, en dos y cuatro años de plazo, contados desde el 15 de abril anterior, con el interés de un 8 % anual por los $ 3.500 que debería pagar á dos años de plazo y el 10 % por los otros $ 3.500 que debía pagar á

cuatro años. Los intereses deberían cubrirse por trimestres vencidos y Mascayano para garantir la deuda, constituiría hipoteca sobre la propiedad que se le prometía vender en Santiago.

La cláusula 6ª de este contrato, estableció que si el señor Mascayano se constituyera en mora en el pago del capital en los plazos indicados, abonaría el interés penal de 12% anual y la señora Carvacho podría exigir ejecutivamente el capital si se retardara más de quince días el pago de los intereses en las épocas fijadas.

Después de un juicio ordinario seguido por las partes, en el cual Mascayano demandó á la señora Carvacho por el cumplimiento de este contrato é indemnización de perjuicios, negándose á ello y reconviniendo la demandada, se resolvió por sentencia de término, en 31 de agosto de 1901, que debía llevarse á efecto lo convenido, suscribiendo la señora Carvacho la escritura definitiva de venta y ordenando más tarde el Juez de Letras, en 13 de enero de 1902 que se extendiese sin más trámite dicha escritura, interviniendo en el acto el mismo Juez.

En 21 del referido mes, Mascayano presentó al Juzgado una boleta de depósito en el Banco Español Italiano á la orden del Juzgado por $ 3.500, como pago previo para el otorgamiento de la escritura definitiva de venta.

Más tarde, en 30 de marzo de 1905, Mascayano presentó al Juzgado la solicitud, en la que expresa, que, según la boleta que acompaña, ha consignado la suma de $ 3.500, saldo insoluto del precio de la venta, el cual no había pagado antes por haber sido retenido judicialmente en su poder á petición de don Delfín Alberto Valenzuela, coheredero acreedor de la señora Carvacho y por esto y haberse alzado ya esa retención, pedía se tuviese por hecho el depósito y se mandase cancelar la hipoteca constituída en resguardo de la deuda.

El juzgado decretó que así se hiciese con citación de la señora Carvacho, quien dedujo oposición, expresando que no se habían pagado todos los intereses de los dividendos adeudados por Mascayano, obligación de la cual no podía quedar exento el deudor por virtud de la retención que alegaba, pues con ella no podían alterarse las estipulaciones del contrato de 2 de mayo de 1898, ni podía haberse autorizado al deudor para enriquecerse á costa ajena ya que si él hubiera deseado desligarse de su obligación, le habría sido fácil consignar el monto de la deuda en arcas fiscales ó en un Banco, á la orden del Juzgado.

Con la respuesta dada por Mascayano, dictó el Juzgado de San Fernando, con fecha 17 de junio de 1905, la siguiente resolución:

Vistos: Teniendo presente el mérito general de los autos, se desecha, con costas, la oposición formulada por doña Rosa Carvacho v. de Valenzuela en lo principal de su escrito. Practíquese, por lo demás, la notificación solicitada en el segundo otrosí de la misma solicitud para los fines legales.—*Astrosa.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones:

Santiago, 19 de octubre de 1905.— Vistos: teniendo presente que según consta de los antecedentes don Wenceslao Mascayano sólo ha pagado los intereres estipulados en la escritura hasta el 15 de enero de 1901, hallándose por lo demás íntegramente pagado el capital adeudado, se declara que el referido Mascayano debe pagar á la señora Carvacho los intereses correspondientes desde la fecha expresada hasta el 15 de abril de 1902, fecha del vencimiento de la obligación deducida en la citada escritura, se revoca en lo contrario á ésta la resolución apelada de 17 de junio último, y se confirma en lo demás, eliminando las costas de primera instancia, por haber tenido la señora Carvacho motivos plausibles para litigar.— *J. Ignacio Larraín.—R. Reyes Solar.—E. Castillo.*

Para invalidar esta sentencia, la señora Carvacho ha entablado recurso de casación en el fondo, y en el escrito en que lo formaliza repite las observaciones que adujo para oponerse á la cancelación de la hipoteca, en virtud de las cuales cree que en el indicado fallo se infringen los artículos 1545, 1567 y 2491 del Código Civil, porque se ha dictado violándose las estipulaciones del contrato, lo preceptuado para el pago de intereses como indemnización de la mora, lo prevenido

sobre los modos de extinguirse las obligaciones y sobre la época hasta la cual deben correr los intereses.

Reconoce, por lo demas, que Mascayano ha pagado los dos dividendos del capital que adeudaba y que solo se hallan insolutos los intereses de los últimos $ 3.500 desde el 15 de enero de 1901 hasta el 31 de marzo de 1905, en que cree la recurrente, se extinguió con la consignación judicial, la obligación de pagarlos, en vez de que ese resultado se produjera con la retención decretada á solicitud de don Delfín Alberto Valenzuela, como se desprende de la sentencia.

Planteando la cuestión, tal como la recurrente la entiende, dice que consiste en resolver si "desaparece la obligación del deudor de pagar los intereses estipulados en un contrato legalmente celebrado, á virtud de la retención que se decreta á solicitud de un tercero sobre la cantidad debida, porque pendiente esa retención, llega el vencimiento del pago."

Fundando el recurso, se remite expresamente al escrito de formalización, que pide se tenga también como de fundación.

Don Wenceslao Mascayano, respondiendo, solicita, por su parte, se deseche el recurso, sosteniendo que lo único legal y justo es lo que ha ordenado la sentencia, esto es, el pago de los intereses hasta el día del vencimiento de la obligación, puesto que no ha existido la mora contemplada en el artículo 6º de ese contrato y se pagó íntegramente el capital adeudado.

Oído el dictamen de uno de los señores Ministros,

La Corte:

Considerando:

1º Que la sentencia recurrida, conformándose al contrato de venta celebrado entre las partes de este juicio, declara que el comprador don Wenceslao Mascayano debe pagar los intereses estipulados por el saldo del precio hasta el vencimiento del plazo concedido á dicho comprador, ó sea, hasta el 15 de abril de 1902; con lo que se manifiesta que el fallo aludido no infringe lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, que declara que los contratos legalmente celebrados son una ley para los contratantes y no pueden invalidarse sino por su consentimiento mutuo ó por causas legales;

2º Que la sentencia impugnada no viola tampoco el artículo 1559 del mismo Código, en cuanto ella no da lugar al pago de intereses por el tiempo trascurrido después del vencimiento de la obligación; pues el citado artículo establece como efecto é indemnización de la mora en el pago de una cantidad de dinero, el que continúen devengándose los intereses convenidos si se ha pactado un interés mayor que el legal, ó empiecen á deberse los legales en caso contrario;

3º Que el no haber la sentencia declarado ese efecto é indemnización de la mora no constituye quebrantamiento de la ley, por cuanto, notificada en forma legal al deudor la orden judicial de que retuviese en su poder las sumas que hubiera de pagar á doña Rosa Carvacho, quedó en la obligación de hacerlo así, sometiéndose á una determinación de autoridad competente, por cuya fuerza quedaba, al mismo tiempo, exento de mora en el pago de aquella suma;

4º Que no procede examinar si dicha retención fué ó no fué notificada á doña Rosa Carvacho; pues además de ser éste un punto de hecho y que no se ha tratado en la causa, la misma recurrente en el escrito de formalización de este recurso, declara textualmente que la cuestión sometida á la justicia se reduce á resolver si "desaparece la obligación del deudor de pagar los intereses estipulados en un contrato legalmente celebrado, á virtud de la retención que se decreta á solicitud de un tercero, sobre la cantidad debida, porque pendiente esa retención, llega el vencimiento del pago";

5º Que si es verdad que don Wenceslao Mascayano pudo para libertarse de toda responsabilidad, haber consignado en un Banco ó en arcas fiscales á la orden judicial, el valor de su deuda, no estaba obligado en manera alguna á proceder de este modo; y por haber dejado sin ejercer una simple facultad no podía considerársele incurso en penas que la ley

reserva para faltas en el cumplimiento de obligaciones; y

6º Que la sentencia de que recurre la señora Mascayano no infringe los artículos 1567 y 2191 del Código Civil también invocados por la recurrente, ninguno de los cuales es aplicable al presente caso, pues el primero es el que enumera los modos de extinguirse las obligaciones y el segundo se refiere al pago de intereses en concurso de acreedores y prelación de créditos.

Visto, además, lo prevenido en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el presente recurso de casaciónen el fondo y se aplica al Fisco la suma de $ 150 consignada.

Redactada por el Ministro señor Aguirre Vargas.

Los señores Ministros Urrutia, Gallardo y Fóster Recabarren aceptan esta sentencia fundados especialmente en que debe tenerse como hecho de la causa que la acreedora señora Carvacho tuvo conocimiento de la retención judicial y se conformó con ella desde que no la reclamó.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren:—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—19 de julio de 1907.

Palma con Carrasco y Zanelli.

Apreciación de los hechos. — Compraventa.—Mora.—Resolución de contrato.—Cumplimiento tardío. - Plazo.

DOCTRINA:—*La apreciación de los hechos es facultad privativa del tribunal sentenciador.*

Establecido por el tribunal sentenciador el hecho de que el comprador de ciertos títulos salitreros no cumplió dentro del plazo fijado en el contrato la obligación de proseguir el juicio de mensura y el hecho de que el vendedor no tuvo conocimiento de la intervención que dicho comprador se atribuye en la prosecución de dicho juicio de mensura, deben servir estos hechos de base inamovible para el fallo del tribunal de casación.

El comprador que no cumple dentro del plazo estipulado una de las obligaciones contraídas, incurre en mora y da derecho al vendedor para obtener la resolución del contrato, si no se prueba que él haya aceptado el cumplimiento tardío de la obligación ó la indemnización de perjuicios.

Don David Palma vendió á Carrasco y Zanelli el 75 % que poseía en un pedimento de salitre ubicado en el departamento de Antofagasta, que había sido denunciado por don Ignacio Calderón á inmediación del lugar llamado Salinas, el que había sido inscrito en el libro de descubrimientos de minas del año de 1879.

Fueron condiciones de la compra las siguientes cláusulas.

"2º El precio de la venta es la suma de 12.000 pesos, moneda corriente, que los compradores pagarán 30 días después de efectuada la mensura del terreno, según la cláusula cuarta."

"3º Son obligados los compradores á continuar en el presente mes las diligencias judiciales para obtener la mensura y hacer los cateos necesarios para el reconocimiento del terreno, esto último en el plazo de tres meses, desde la fecha en que por sentencia de 2ª instancia se declare que ha lugar á la mensura. Todos los gastos que originen las anteriores diligencias, así como la mensura misma, serán de cuenta de los compradores, sin cargo alguno para el vendedor."

"4º Para practicar la mensura habrá un plazo de cuatro meses desde la expiración del plazo para el reconocimiento del terreno de que se habla en la cláusula precedente; pero

si la Delegación Fiscal de Salitreras estorbara ó no quisiera poner en posesión á la sociedad de «Carrasco y Zanelli» de los terrenos salitrales á que se refiere esta escritura, el señor Palma queda obligado á conceder todas las prórrogas que fueren necesarias hasta practicar la mensura."

"Puede el señor Palma intervenir y gestionar por sí y á nombre de los señores Carrasco y Zanelli, activar las diligencias judiciales para mensurar y, si lo creyere conveniente, tomará la representación."

"5ª La falta cumplimiento de lo estipulado en las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª deja sin efecto el presente contrato, y quedan á beneficio del vendedor los gastos y operaciones que hubieren practicado los compradores.»

Don David Palma, con el mérito de este contrato interpuso ante el juzgado de Antofagasta demanda en contra de los señores Carrasco y Zanelli, y en ella expone: Que según la cláusula 2ª del referido contrato el precio de venta fué la suma de $ 12.000 que se le pagarían 30 días después de efectuada la mensura de la pertenencia, que se efectuaría en el plazo estipulado por la cláusula 4º descontándose para gastos de esa suma $ 1.000 según la cláusula 6ª.

Que por la cláusula 3ª los compradores se obligaron á continuar en el mismo mes en que se celebró el contrato las diligencias judiciales para obtener la mensura, juicio que había de antemano iniciado don Pedro Basaure como mandatario de don Ignacio Calderón; también debían los compradores reconocer el terreno en el plazo de 3 meses desde la fecha en que por sentencia de 2ª instancia, se ordenara la mensura, corriendo ellos con todos los gastos judiciales y demás, incluso los que originaría la mensura misma; y estableciéndose en la cláusula 5ª, que la falta de cumplimiento de lo estipulado en las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª, dejaba sin efecto el contrato;

Que la extipulación de la cláusula 2ª, relativa á la obligación de los compradores para continuar en el mismo mes en que el contrato se celebró, las diligencias judiciales para obtener la mensura, era de carácter previo y esencial del contrato, tanto por que de su cumplimiento dependían las demás extipulaciones de él, cuanto porque del resultado de ellas dependían los efectos mismos del contrato, extipulaciones que Carrasco y Zanelli no han cumplido, pues dejaron trascurrir el tiempo sin hacer la menor gestión, y que por la escritura, otorgada ante el notario suplente de esta ciudad en 27 de abril de 1903, don Sergio Gallardo, vendieron sus derechos á don Ramón Allende Cuadra;

Que, así las cosas y viendo que los demandados, ni Allende, nada hacían para cumplir con él, resolvió hacer continuar por su cuenta las diligencias judiciales indicadas, debido á lo cual se falló en 1ª y 2ª instancias el respectivo juicio que ordenó la mensura de la pertenencia;

Que, por otra parte, prueba desde luego la desidia ó indiferencia de los señores Carrasco y Zanelli con relación al contrato en referencia, el ánimo que tuvieron de no cumplirlo, el hecho de que no hayan inscrito el aludido contrato; y que en virtud de lo expuesto y de la disposición del artículo 1489 del Código Civil, pide que se resuelva el contrato indicado con indemnización de perjuicios y que no debe, en consecuencia, inscribirse, dándose lugar á la demanda, con costas.

Don Santiago J. Zanelli, por los señores Carrasco y Zanelli, contesta la demanda y deduce reconvención, diciendo que los hechos pasaron como sigue: don Ignacio Calderón otorgó á don Pedro Basaure poder especial para que le tramitara y negociara la pertenencia materia del litigio actual, el que inició el correspondiente juicio, tranfiriendo poco después á don David Palma Díaz el 75 % de esos derechos.

Que en este contrato se dijo que Basaure cedía á Palma la referida cuota en compensación de la obligación que contraía de tramitar y practicar todas las diligencias tendentes á la posesión real y material de los terrenos salitrales á que se refiere la escritura aludida, como ser cateos, mensura, y demás diligencias análogas, siendo todos estos gastos y demás desembolsos de la exclusiva cuenta del cesionario.

Que antes de hacer gestión alguna el señor Palma, ni alcanzado á hacerse parte en el juicio, transfirió á los señores Carrasco y

Zanelli todos sus derechos en la suma de $ 12.000.

Que en obedecimiento á lo acordado en la cláusula 5ª del contrato de 18 de diciembre, sus poderdantes siguieron las correspondientes gestiones, á fin de obtener decreto de mensura y mediante á ellos y á sus gruesos desembolsos ocasionados en 1ª y 2ª intancias, se halla dicho expediente listo para mensurar y dar principio á sus cateos, conforme á la misma cláusula 3ª, poniendo este hecho en conocimiento del señor Palma, por lo que se pide se niegue lugar á la demanda, con costas, y se acceda á la reconvención que más adelante formulará.

Se funda para pedir el rechazo de la demanda en que es inexacto el alcance que da el demandante á la 1ª parte de la clásula 3ª, pues, la obligación allí consignada de continuar sus comitentes las gestiones del juicio, es accidental y además copulativa, estando íntima y estrechamente ligada con la de catear los terrenos respectivos, una y otra se complementan, y que suponiendo tuviera algún alcance, sus mandantes han cumplido ampliamente esa obligación.

Agrega también que es inexacto que se contenga en la cláusula 5ª la sanción de resolucion atribuída de contrario al hecho de proseguir ese juicio, pues en ella se exige se haya faltado á lo convenido en todas las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª aludidas y si otro hubiera sido su espíritu debió decir: La falta de cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contenidas en las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª.

Que si es verdad que se transfirió al señor Allende Cuadra los derechos relacionados, ese contrato no se inscribió, devolviéndoles dicho señor la propiedad.

Que á mayor abundamiento y suponiendo que sus mandantes no hubieran realizado las gestiones de que habla el señor Palma y hubiera sido éste el que las practicó, tampoco tendría derecho para pedir resolución, pues es otra la sanción acordada.

En cuanto á la reconvención, dice que apenas llegó el juicio á la Iltma. Corte, empezaron sus mandantes los cateos y exploraciones, organizando los respectivos trabajos que demandaron muchos miles de pesos.

Que en tal estado las cosas, fueron notificados de la demanda y tuvieron lógicamente que suspender los trabajos, ni era posible continuaran invirtiendo gruesas sumas en ellos y tampoco es justo se les irroguen esos perjuicios y gastos sin que antes se les indemnice; pues desde que á causa de la presente demanda se ven impedidos para cumplir con lo estipulado en las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª, dentro de los plazos en ellas acordados, es justo también se suspendan tales plazos mientras dure el litigio.

Concluye pidiendo que se ordene que el demandante debe pagar á sus representados la suma de $ 20.000 como indemnización por los perjuicios recibidos con la suspensión de sus cateos, á consecuencia del presente juicio, el retardo en constituir el título, lo gastado en los cateos y reconocimientos ya hechos; y que se declare que mientras dure el actual juicio no deben correr los términos indicados en las cláusulas mencionadas.

En la réplica refuerza el señor Palma los argumentos de su demanda y en cuanto á la reconvención deducida, dice que es de todo punto infundada y niega en absoluto los hechos en que se funda y agrega:

Que lo que se persigue con la reconvención no es otra cosa que aparentar gastos y perjuicios con el fin de desvirtuar los fundamentos de su demanda.

Que la demandada, sociedad salitrera que mantiene constantemente caravanas cateadoras en razón de los muchos contratos que tiene para reconocer terrenos, ha estimado fácil hacer aparecer una ó más de esas caravanas en cateos del terreno á que se refiere el contrato que motiva este juicio, pero que abriga la confianza que no logrará su objeto.

En la dúplica ratifica el demandado las afirmaciones de su contestación á la demanda.

Se recibió la causa á prueba, rindiéndose por las partes la que consta de autos.

Tramitado el juicio, las partes sometieron á compromiso la resolución, dictándose por el árbitro el siguiente fallo, con fecha 7 de septiembre de 1905:

Considerando en cuanto á la demanda:

1º Que el demandante ha acreditado con el

certificado expedido por el secretario del Juzgado de Letras señor Concha, que los demandados no cumplieron con la obligación impuesta por la cláusula 3.ª de la escritura, relativa á continuar en el mes de diciembre de 1902 las diligencias judiciales para obtener la mensura de la pertenencia salitrera materia de esta litis;

2º Que consta de las declaraciones de los testigos Adolfo Pizarro y Celso Miranda presentados por los demandados, que los cateos de la misma pertenencia fueron practicados en enero de 1904, esto es, mucho después de los tres meses desde la fecha en que por sentencia de segunda instancia, se declarase que había lugar á la mensura de ella; siendo que consta del expediente seguido por don Pedro Basaure contra el Fisco sobre mensura de la citada propiedad, que la sentencia de segunda instancia, aprobando la de primera, fué expedida con fecha 19 de octubre de 1903 y el cúmplase fué decretado con fecha 5 de noviembre del mismo año;

3º Que, en consecuencia del considerando anterior, queda demostrado que los demandados no han dado cumplimiento á lo estipulado en la misma cláusula 3ª respecto al plazo en que debían practicar los cateos á que en esa cláusula se obligaban;

4º Que á mayor abundamiento, los demandados no han comprobado que los cateos se hicieran en los terrenos que correspondían al título que debía mensurarse;

5º Que el demandante ha comprobado con mejor acopio de documentos, que no han sido objetados por los demandados, el hecho de haber continuado de su cuenta las gestiones judiciales de la segunda instancia.

Considerando en cuanto á la reconvención:

6º Que los demandados no han probado la suspensión de los cateos á consecuencia de las gestiones de oposición del demandante, teniendo en cuenta además lo ya expresado al respecto en el considerando anterior;

7º Considerando respecto á las tachas opuestas contra los testigos de los demandados, señores Fabres y Gundelach, que no han sido comprobadas y no se mencionan entre las tachas legales;

Por estos considerandos y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1489 y 1698 del Código Civil, 346 y 347 del de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á la demanda, sin costas, y que no ha lugar á la reconvención, ni á las tachas deducidas.—*B. Urzúa T.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones:

Tacna, 11 de diciembre de 1905. — Vistos:

Reproduciendo la parte expositiva y los considerandos 1º y 7º de la sentencia apelada de 7 de septiembre último y teniendo además presente:

1º Que aunque la parte demandada alega que hizo proseguir de su cuenta el juicio sobre mensura de salitreras confiando la defensa de 1ª instancia al abogado don Manuel R. Vásquez y la representación y defensa en la segunda instancia al procurador don Amadeo Gundelach y al abogado don Horacio Fabres respectivamente, cabe observar á este respecto lo siguiente:

A.—Que esas gestiones se habrían iniciado por dicha parte después del término señalado en la cláusula 3ª del contrato y cuando ya Palma había vuelto á agitar el juicio encargando su defensa al mismo abogado Vásquez;

B.—Que no aparece absolutamente que del mandato de Carrasco y Zanelli á don Manuel R. Vásquez hubiera tenido Palma el menor conocimiento antes del presente juicio;

C.—Que fallado en primera instancia el indicado juicio de mensura y elevado en consulta, se tramitó y falló en la segunda instancia con intervención del procurador Maira por don Ignacio Calderon, y si es verdad que aparece notificado del decreto de "en relación" el procurador Gundelach no se ve en los autos por qué se hizo á Gundelach esa notificación en representación de quién y en virtud de qué, mandato;

D.—Que de la intervención de don Horacio Fabres como abogado en la segunda instancia nada aparece en los autos respectivos y él mismo ha declarado que no recuerda si alegó; de modo que tampoco podría decirse que Palma tuvo conocimiento de tal intervención;

2º Que, en consecuencia, comprobado como está que no se cumplió dentro del plazo estipulado la obligación de continuar el juicio de

mensuras; y no habiéndose justificado nada que significase la aceptación expresa ó tácita por Palma de un cumplimiento tardío de esa obligación, corresponde aplicar la sanción estipulada en la cláusula 5ª del recordado contrato, esto es, su resolución;

3º Que en cuanto á la obligación de hacer los cateos á que se refiere la cláusula 3ª ya citada, ella debía cumplirse en el término de tres meses desde la fecha en que por sentencia de segunda instancia se declarase haber lugar á la mensura, y como esa sentencia se pronunció en octubre del año antepasado no habrían podido en ningún caso hallarse en mora Carrasco y Zanelli en diciembre de ese año ó sea cuando se les entabló y se notificó la demanda del presente juicio;

4º Que siendo, como se ha visto, procedente la demanda por no haber proseguido el juicio de mensura Carrasco y Zanelli en el tiempo estipulado, basta esta consideración para desechar la reconvención.

Por tales consideraciones y en virtud además de lo dispuesto en los artículos 1489 y 1698 del Código Civil, se confirma la sentencia indicada al principio, con declaración respecto de la demanda de que sólo se da lugar á ella por la causal de falta de prosecución del referido juicio de mensura.

Devuélvase el expediente mandado traer á la vista.

Redactada por el señor Ministro Quirell.—*V. R. Vega.—M. A. Quirell.—M. Vargas Mardones.*

Contra esta sentencia dedujeron recurso de casación en el fondo Carrasco y Zanelli.

En los escritos de formalización y fundación del recurso reconocen que á ellos incumbía la obligación de pagar el precio de compra, de exploración del terreno y de mensura.

Pero en cuanto á la obligación de proseguir el juicio que había pendiente para obtener la mensura, sostienen que esta obligación podía ser desempeñada por el vendedor señor Palma, ó bien compeler á Carrasco y Zanelli á proseguirlo.

La forma de esta estipulación hacía preciso que el vendedor desahuciara á los compradores, si quería que estos cumplieran la obligación de proseguir el juicio de mensura, ya que el señor Palma podía continuarlo si los compradores no cumplían la obligación.

Y consta de los hechos aceptados por la sentencia que Carrasco y Zanelli concurrieron á los gastos del litigio y practicaron la exploración del terreno antes que el señor Palma hiciera uso de su derecho para pedir la resolución del contrato. Estos hechos importan el cumplimiento del contrato, aunque tardío.

El artículo 1489 del Código Civil dispone que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; pero en tal caso podrá el otro contratante pedir á su arbitrio, ó la resolución ó el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

Esa disposición manifiesta que la resolución no se produce *ipso jure* por el hecho de que una de las partes no cumpla lo pactado. La convención subsiste si no se pide por la otra parte la resolución. De esta disposición se deduce que el derecho de pedir la resolución debe ejercitarse oportunamente, ya que el interesado puede pedir la resolución ó el cumplimiento del contrato.

Si el interesado nada reclama y el otro contratante empieza á ejecutar con posterioridad lo convenido, debe entenderse que hay consentimiento de las partes para que subsista el contrato.

Como la resolución no fué pedida oportunamente, el cumplimiento del contrato ha podido llevarse á efecto por alguno de los medios establecidos en el convenio: ó pidiéndose judicialmente que Carrasco y Zanelli prosigan el juicio ó interviniendo en él Palma por cuenta de ellos.

Nada importa para los efectos del cumplimiento de la convención que el señor Palma no tuviera conocimiento de las gestiones hechas por los compradores en el juicio de mensura.

Si el derecho de pedir la resolución pudiera ejercerse en cualquier tiempo, resultaría que podría pedirse aún después del cumplimiento tardío del contrato, como sucede en el caso presente.

Respondiendo el apoderado de don David Palma, dice que el desahucio sólo tiene lugar

en el arrendamiento y no en un contrato de la naturaleza del que origina este juicio.

Que la necesidad de requerir al otro contratante para el cumplimiento del contrato no es exigida por la ley, y que es un error legal el sostenerlo en presencia de las disposiciones que reglan la mora en los contratos.

Según el artículo 1551 del Código Civil, el deudor está en mora: 1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

En el artículo 3º del contrato, se expresa que los compradores debían continuar en el presente mes (el mes en que se celebró la convención) las diligencias judiciales para obtener la mensura.

Este plazo es, según el precepto del artículo 1081 del Código Civil, un plazo determinado y cierto, porque necesariamente debía llegar y se sabía cuando.—Y las obligaciones á plazo cierto deben cumplirse dentro del término estipulado, incurriendo el deudor en mora por solo el ministerio de la ley en caso de no cumplirse con lo pactado.

Trascurrido el mes de diciembre en que se celebró el contrato, sin continuar el juicio de mensura, Carrasco y Zanelli incurrieron en mora sin necesidad de requerimiento.

El señor Palma no tenía la obligación, como se pretende por el recurrente, sino la facultad de intervenir en el juicio á nombre y en representación de los compradores. Y no quiso ejercitar esa facultad sino que fué un tercero, como lo establece la sentencia de la Corte, quien después de una paralización de seis meses, continuó la litis hasta su conclusión, pero haciendo el vendedor todos los gastos del juicio.

La obligación impuesta á Carrasco y Zanelli en la cláusula 3ª de continuar, en el mes que se celebró el contrato, las diligencias judiciales para obtener la mensura, fué establecida porque los compradores tenían el plazo de 30 días después de ejecutada la mensura para efectuar el pago.

Y si estos retardaban la terminación del juicio, resultaría que el vendedor quedaba indefinidamente sin percibir el precio de la venta.—Por este motivo se impuso la obligación de continuar el juicio en un plazo dado y la sanción de quedar sin efecto el contrato, establecida en la cláusula 5ª.

El artículo 1489 del Código Civil prescribe que faltando uno de los contratantes á lo pactado, nacen para el otro contratante dos derechos alternativos: el de solicitar la resolución ó el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.—Estos derechos no tienen otra limitación en cuanto al tiempo que el cumplimiento total del convenio, pues ese es su objeto y su razón de ser. La disposición de este artículo no obliga á demandar inmediatamente la resolución, ni fija plazo para el ejercicio de la acción. Basta con que se ejercite el derecho antes de la ejecución del contrato por la otra parte.—La sentencia establece que no se ha acreditado la existencia de un hecho que importe la aceptación expresa ó tácita de parte del vendedor, del cumplimiento tardío de la obligación de proseguir el juicio.

El alcance de lo estipulado en la cláusula 5ª fué penar con la resolución del contrato la falta de cumplimiento de lo dispuesto en cada una de las cláusulas 2ª, 3ª y 4ª, como se demuestra con lo dicho en la cláusula 5ª, en que se conviene que quedarán á beneficio del contendor todos los gastos y operaciones que hubieran practicado los compradores.

Al mismo tiempo sostiene que no es necesario el requerimiento del deudor, porque sobreviniendo el hecho que determina la condición queda extinguida la obligación, y no cabe requerir para la resolución ó cumplimiento de una obligación que ha dejado de existir.

Estipulada la condición resolutoria expresa, por la falta de cumplimiento, se ha celebrado un verdadero contrato, que, según el artículo 1545 del Código Civil, es una ley para los contratantes, que no puede ser invalidada sino por el consentimiento mutuo ó por causas legales.

La disposición del artículo 1489 lleva envuelta también la condición resolutoria tácita de no cumplirse por una de las partes lo contratado, de modo que no habiéndose cumplido con lo estipulado en la convención, queda también disuelto el contrato, si el otro

contratante no acepta el cumplimiento tardío con la indemnización de perjuicios.

Dictaminó el señor Ministro á quien correspondía.

La Corte:

Considerando.

Que la sentencia recurrida apreciando los hechos que constituyen la prueba rendida en autos, con la facultad que es privativa del tribunal sentenciador, ha dejado establecido que, aunque los demandados se han excepcionado sosteniendo que ellos hicieron proseguir el juicio de mensura en primera instancia confiando la defensa al abogado señor Fabres, resulta de los antecedentes y prueba de autos que los demandados no prosiguieron el juicio de mensura dentro del curso del mes de diciembre en que se celebró la compraventa, como estaban obligados.

Que tampoco aparece que el vendedor señor Palma, hubiera tenido conocimiento alguno, de que Carrasco y Zanelli hubieran encargado al abogado Vásquez la defensa del juicio que, con el fin de obtener la mensura, seguía don Pedro Basaure como mandatario de don Ignacio Calderon.

Que fallado el pleito y elevado en apelación, no se ha acreditado tampoco, á juicio del Tribunal sentenciador, que hubieran intervenido en el juicio el procurador y abogado á quienes dicen Carrasco y Zanelli que habían confiado su representación y defensa y por el contrario consta que la prosecución del pleito se hizo por cuenta del vendedor.

Que el Tribunal sentenciador aplicando la letra y espíritu de contrato ha considerado correctamente que lo extipulado respecto á la prosecución del juicio, no obligaba al vendedor señor Palma á tomar en él la representación de Carrasco y Zanelli, sino que estaba autorizado para optar entre intervenir á nombre propio ó á nombre de los compradores.

Que establecido por el fallo recurrido el hecho que Carrasco y Zanelli no prosiguieron el juicio de mensura en el plazo extipulado en el contrato, ni que el vendedor don Pedro Palma hubiera aceptado ni conocido la intervención que dicen haber tenido en la prosecución, debe servir esta resolución como base indiscutible para la aplicación de las disposiciones legales relativas á la cuestión de derecho debatida en este juicio, desde que la Corte de Casación no está llamada por la naturaleza de su institución á fallar las cuestiones de hecho sino á velar por el cumplimiento y aplicación estricta de la ley.

Que al establecer y apreciar los hechos, el Tribunal que ha conocido del fondo de la causa ha ejercido su facultad conforme á la ley, sin que al hacer esta apreciación la parte recurrente haya reclamado que se hubiera violado alguna ley en lo relativo á esta apreciación.

Que el inciso 1º del artículo 1551 del Código Civil, prescribe que está en mora el deudor cuando no ha cumplido la obligación dentro del término extipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora, de modo que no habiendo cumplido los compradores con la obligación que se impusieron en el contrato, han quedado de hecho constituídos en mora y sujetos á la voluntad del otro contratante, de pedir la resolución ó el cumplimiento con indemnización de perjuicios.

Que habiendo quedado establecido que Carrasco y Zanelli no cumplieron dentro del plazo estipulado la obligación de proseguir el juicio de mensura, el vendedor don David Palma ha estado en su derecho, pidiendo la resolución del contrato, y el Tribunal sentenciador, fallando la cuestión debatida, ha aplicado correctamente la disposición del artículo 1489 del Código Civil al declararlo resuelto, ya que no se ha probado que el vendedor hubiera aceptado el cumplimiento tardío de la ejecución ó la indemnización de perjuicios.

Que el fallo recurrido está, además, conforme á lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, que prescribe que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. Y en el caso actual, ni existe el consentimiento mutuo, ni se ha hecho valer que haya causa legal para invalidarlo.

En mérito de estas consideraciones, de las disposiciones legales citadas y artículos 960 y 972 del Código de Procedimiento Civil, se

declara sin lugar el recurso, con costas en que se condena á la parte recurrente. Se aplica á beneficio fiscal la consignación hecha.

Redactada por el señor Ministro Palma Guzmán. — *Leopoldo Urrutia. — J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—Leoncio Rodríguez —E. Fóster Recabarren.*

Cas. en el fondo.—4 de julio de 1907

Orbeta con Rodríguez

Albacea; gastos, remuneración. — Nulidad de testamento. - Costas.

DOCTRINA:—*El albacea que acepta el cargo y se ve obligado á comparecer á defender en juicio la validez del testamento, cuya nulidad pide uno de los herederos, tiene derecho, aunque el testamento haya sido declarado nulo por sentencia de término, á que se le abonen las expensas legítimas (costas y honorario de abogado) en que ha incurrido y al pago de la remuneración que el juez le asigne.*

Si la sentencia que declaró la nulidad del testamento condenó en costas al albacea, no infringe el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que ordena al heredero pagar al albacea esa cantidad, porque ella no ha sido demandada como costas del juicio, sino como expensas adeudadas en el desempeño del cargo de albacea y no es, por tanto, aplicable el referido artículo.

Don Ignacio Orbeta, demandando dice: que don Juan Bautista Tapia otorgó testamento ante cinco testigos, á falta de notario público y en él lo designó como albacea. Después del fallecimiento del señor Tapia se presentó el testamento al Juzgado para que se protocolizara con las formalidades legales. Se suscitó una controversia sobre si debía hacerse ó no la protocolización y los tribunales declararon por sentencias de primera y segunda instancia que debía protocolizarse conforme á la ley.

Posteriormente doña María del Tránsito Rodríguez v. de Tapia dijo de nulidad de ese testamento fundada en las causales siguientes:

1º No haber estado el testador en el pleno y entero uso de sus facultades mentales;

2º Tratándose de un testamento otorgado ante cinco testigos sin presencia de notario, no se designó por el testador la persona ó el testigo que debía leerlo;

3º No haber estado presente al leerse la memoria testamentaria, los cinco testigos que la ley exige para la validez del testamento abierto; y

4º No expresarse la causa por que no firmó el testador.

La demandante dirigió su acción contra su representado en el carácter de albacea de don Juan B. Tapia.

Cumpliendo la obligación que la ley le impone á los albaceas de defender la validez del testamento, entró Orbeta al juicio provocado por la señora Rodríguez, encomendando su defensa al abogado don Juan J. A. Tapia.

El pleito fué largo y difícil é impuso al abogado y mandatario un trabajo ímprobo, obligándolo además á hacer repetidos viajes desde Valparaíso donde tiene su estudio á Limache y Quillota para atender á la rendición de la prueba.

En primera instancia se obtuvo completo éxito, pero la Iltma. Corte revocó la sentencia en lo referente á la 2ª de las causales de nulidad, dando lugar á la demanda por este capítulo.

El señor Tapia le ha pasado una cuenta por gastos y honorarios, cobrándole por esta última partida $ 2.500, precio que considera módico dada la labor que se impuso y la cuantía del juicio. El detalle de lo gastado y

sus comprobantes se contiene en las cuentas y documentos que acompaña, dando un resultado total á favor del señor Tapia de $ 3.401.

Estima que esta cantidad debe ser de cargo de la sucesión de don Juan B. Tapia, así como también el honorario del albacea conforme á lo dispuesto por el artículo 959 del Código Civil.

Como en virtud de la sentencia pronunciada en el juicio de nulidad del testamento, la señora María del Tránsito Rodríguez queda como única heredera de don Juan B. Tapia y representante por lo tanto de su sucesión, entabla demanda ordinaria en su contra para que se declare:

1º Que debe reembolsar á su mandante la cantidad de $ 3.401 que importa la cuenta del abogado don Juan J. A. Tapia á que se ha referido;

2º Que debe pagarse al señor Orbeta el valor de su honorario como albacea de la sucesión, honorario que estima en $ 1.500, pero que pide al Juzgado tenga á bien regularlo en conformidad á lo dispuesto en el artículo 1302 del Código Civil; y

3º Que debe pagar también las costas del presente juicio.

A fs. 49 don Ignacio Orbeta, modifica la declaración pedida en el punto 1º de la demanda en el sentido de que si el Juzgado considera que no debe aceptarse en todas sus partes la cuenta de don Juan J. A. Tapia, regule el Juzgado la cantidad á que debe reducirse.

Contestando la demanda doña María del Tránsito Rodríguez, dice:

Que las citas legales hechas por el demandante para fundar sus peticiones son bien desgraciadas, pues el artículo 959 del Código Civil establece que para llevar á efecto las disposiciones del difunto ó de la ley se deducirán del acervo ó masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

1º Las costas de la publicación del testamento y demás anexos á la apertura de la sucesión.

En primer lugar sostiene que esas costas se producen cuando existe legalmente un testamento y en el caso que da origen á la demanda se ha declarado por sentencia de término que no existió testamento y que la sucesión de don Juan B. Tapia fué intestada desde el momento mismo de su fallecimiento.

En segundo lugar dice que esas costas, que no tuvieron base legal para hacerse, sólo pueden afectar á las personas que aparecieron instituídas como herederos en el testamento declarado nulo, que eran las únicas beneficiadas con la presunta existencia de ese testamento y no la señora Rodríguez que no aparecía siquiera como tal.

2º Las deudas hereditarias.

Observa á este respecto que sólo son tales las obligaciones que afectaban al difunto y no las que se contraen después de su fallecimiento, las cuales afectan sólo y únicamente á los que las contraen. Por consiguiente, es contrario á la ley y es absurdo pretender que los honorarios de abogados y las costas judiciales provenientes de pleitos posteriores al fallecimiento del presunto testador sean deudas hereditarias de éste.

3º Los impuestos fiscales que graven toda la masa hereditaria.

Expone, al efecto, que si existen impuestos fiscales los cobrará el Fisco y no hay para qué ocuparse de ellos en este juicio.

Sostiene, en consecuencia, que no es aplicable á la demanda la disposición del artículo 959 del Codigo Civil.

Agrega que si alguien pudiera estar obligado á indemnizarle tales gastos serían única y exclusivamente las personas en cuyo favor los hizo, es decir los interesados en la validez y subsistencia del testamento; pero pretender que tales pagos y gastos los satisfaga la persona perjudicada con la existencia y validez del testamento, sería tan absurdo como pretender que el que reivindica el dominio de un bien de que otro está en posesión indebida tuviera que pagar al poseedor vencido, todos los honorarios y gastos que le ocasionó su ilegal resistencia y oposición á entregar lo que era de otro.

En cuanto á la segunda petición de la demanda que indica, no resiste el más ligero examen. La remuneración del albacea, dice el artículo 1302, será la que le haya señalado el testador. Si éste no hubiere señalado ninguna,

toca al juez regularla tomando en consideración el caudal y lo más ó menos laborioso del cargo.

En el caso materia de la demanda no ha habido testamento; el acto por el cual se nombra tal á don Ignacio Orbeta, no ha existido ante la ley, ese acto fué declarado nulo, es decir, como sí no hubiera existido ni un momento siquiera.

Y es un axioma de derecho que los actos nulos no crean derechos ni producen obligaciones.

Por lo que se refiere á la tercera petición de la demanda, cree que no sólo carece en absoluto de base legal, después de lo que deja dicho, sino que el demandante debe ser condenado en costas.

Con lo expuesto pide se niegue lugar á la demanda, con costas, ó en subsidio, y para el caso improbable de que se diese lugar á ella, disminuir los subidos honorarios que se cobran, reduciéndolos á la décima parte y los gastos con estricto arreglo al arancel.

Con la réplica y dúplica se recibió la causa á prueba y oportunamente se citó para sentencia, dictándose la siguiente por uno de los jueces de Valparaíso, con fecha 30 de junio de 1904:

Considerando:

1º Que las partes están de acuerdo y consta del testamento de don Juan Bautista Tapia, declarado nulo por sentencia de término, que don Ignacio Orbeta fué nombrado albacea y como tal defendió la validez de ese testamento en el juicio á que se ha hecho referencia;

2º Que aunque el testamento fué declarado nulo y debe legalmente considerarse como si no hubiera existido para el efecto de la validez de sus disposiciones, sin embargo, mientras esa nulidad no fué pronunciada, debió ser considerado como tal; sobre todo para dar personería al señor Orbeta en el juicio de nulidad, personería que nació precisamente de ese acto.

3º Que el albaceazgo es un cargo y el que lo acepta está obligado por la ley á evacuarlo y una de las primordiales obligaciones que la misma ley le impone, es sostener la validez del testamento;

4º Que así como el que ejerce el cargo de curador, no siéndolo verdaderamente, pero creyendo serlo, tiene las responsabilidades y obligaciones del curador verdadero, así el señor Orbeta, siendo albacea nombrado en un testamento declarado nulo con posterioridad, tuvo todas las obligaciones del albacea y como tal tendrá derecho á la remuneración consiguiente y á que se le abonen los gastos que de buena fe hubiere ejecutado en su carácter de albacea;

5º Que la defensa hecha por el señor Juan J. A. Tapia á nombre del albacea fué también en beneficio del heredero presunto, lo cual debe tomarse en consideración para no cargarla en todo su valor al albacea;

6º Que con el mérito de los antecedentes puede regularse el honorario del abogado y también el del albacea;

7º Que los gastos judiciales deben estimarse con arreglo al arancel.

Con el mérito de las consideraciones precedentes y visto lo dispuesto en los artículos 426, 959, 1302, 1278 y 1295 del Código Civil, se declara que ha lugar á la demanda, y que, en consecuencia, doña María del Tránsito Rodríguez debe pagar á don Ignacio Orbeta:

1º El valor de los gastos hechos por éste en el juicio de nulidad del testamento de don Juan B. Tapia, y al efecto el secretario procederá á hacer la respectiva tasación de ellos; 2º $ 1.000 en que se estima el honorario del abogado don Juan J. A. Tapia; 3º $ 500 en que se regula el honorario del albacea; y 4º Las costas de esta causa. *J. Jermán Alcérreca.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones falló:

Valparaíso, 18 de mayo de 1905.—Vistos: Eliminando el 4º fundamento y la cita del artículo 426 del Código Civil, se confirma la sentencia apelada de 30 de junio de 1904, con costas del recurso.—*B. Alamos González.—Pedro N. Pineda.—A. Bezanilla Silva.*

Contra esta sentencia dedujo recurso de casación en el fondo doña María del Tránsito Rodríguez y formalizándolo dice:

La sentencia recurrida ha sido pronunciada con infracción de lo dispuesto en el artículo

151 del Código de Procedimiento Civil, y de lo establecido en el artículo 1295 del Código Civil.

El artículo 151 establece que la parte que fuere vencida totalmente en un juicio ó en un incidente debe ser condenada en las costas, pudiendo, no obstante, eximirla el juez del pago cuando hubiere motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa la resolución.

Esta disposición de la ley es general y absoluta.

El albacea señor Orbeta que ha sido vencido por la señora Rodríguez en el juicio sobre nulidad del testamento, juicio en que ha litigado doña Petronila Poblete, la heredera instituída, no tiene derecho á que la vencedora en el pleito le pague las costas en que incurrió al litigar contra ella.

La circunstancia de que el señor Orbeta hubiera comparecido en aquel juicio en su carácter de albacea y para defender la validez del testamento, no modifica las disposiciones del Código relativas al pago de las costas causadas en aquel juicio.

El pago de los servicios prestados por la defensa del pleito sobre validez del testamento debe ser satisfecho por aquel en cuyo servicio se hicieron. El albacea obra en tal caso como mandatario constituído por la ley en favor de los beneficiados por el mandato.

El pago de las costas incumbe á la heredera instituída y á las demás personas interesadas en esa validez que no lo impugnaron.

La sentencia que ordena el pago de esas costas y honorarios es contraria al espíritu y objeto de la disposición legal contenida en el artículo 1295 del Código Civil.

Concluye pidiendo se le conceda el recurso y se pasen los antecedentes á la Excma. Corte Suprema para su resolución.

En rebeldía de la recurrente para fundar el recurso se dió por evacuado el trámite.

Se oyó el dictamen de uno de los señores Ministros y

La Corte

Considerando:

Que aceptado el cargo está obligado el albacea á velar por la seguridad de los bienes, ejecutando los actos enumerados en el artículo 1284 del Código Civil.

Que en cumplimiento de su encargo puede el albacea comparecer en juicio en calidad de tal para defender la validez del testamento con intervención de los herederos presentes ó curador de la herencia yacente.

Que en el juicio sobre nulidad del testamento de don Juan B. Tapia, el albacea señor Orbeta fué demandado en su calidad de tal por doña María del Tránsito Rodríguez, por lo cual se vió obligado á comparecer al juicio á defender la validez del testamento en desempeño de su cargo;

Que declarado nulo el testamento y expirado el cargo por esta causa, y después de rendidas las cuentas, tiene el derecho de que se le abonen las expensas legítimas en que ha incurrido, como son las costas judiciales, honorarios de abogados, y cobrar la remuneración que le hubiese señalado el testador ó en su defecto la que le regule el juez, tomando en consideración el caudal y lo más ó menos laborioso del cargo;

Que efectuada por el juez la regulación del honorario del abogado que defendió el pleito, la recompensa del albacea y mandados pagar los gastos judiciales con arreglo á arancel, no han sido estos avalúos objeto de reclamación, sino que se dice de casación únicamente por considerar que esos gastos son costas del pleito en que la señora Rodríguez venció al albacea y como costas de ese juicio no pueden imponérseles á ella que obtuvo sentencia favorable;

Que la demanda actual no se ha interpuesto para que se paguen las cantidades que se han demandado como costas de aquel juicio, sino como expensas adeudadas en el desempeño del cargo de albacea y son éstas las que se han mandado pagar por la sentencia recurrida, por lo cual no es aplicable en este caso la disposición del artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, que trata de las costas judiciales de que se ocupa el título 14 del libro 1º del Código de Procedimiento Civil;

Que no siendo aplicable, ni habiendo sido aplicado el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, no ha podido ser infringido por la sentencia recurrida;

Que el testamento de don Juan B. Tapia fué mandado protocolizar por autoridad competente, y la designación de albacea hecha en ese instrumento constituyó un título legal para que don Ignacio Orbeta entrase desde luego á ejercerlo, sin perjuicio de las acciones que contra la validez del mismo testamento pudieran interponerse por los interesados;

Que habiendo comparecido don Ignacio Orbeta al juicio para defender la validez del testamento demandado en su calidad de albacea, no ha infringido la sentencia la disposición del artículo 1295 del Código Civil al considerar que sus servicios deben ser remunerados, aun cuando lo resuelto haya sido adverso á su defensa, puesto que lo que se remunera es el trabajo hecho, y no el resultado del pleito;

En mérito de estas consideraciones, disposiciones legales citadas y artículos 1302, 1310 del Código Civil y 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar al recurso y se condena en costas al recurrente. Se aplica á beneficio fiscal la cantidad consignada.

Redactada por el Ministro señor Palma Guzmán.—*Carlos Varas.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V. —Leoncio Rodríguez. —J. Bernales.—O. Rodríguez.*

———

Cas. en la forma.—29 de mayo de 1905.
Cas. en el fondo.—10 de julio de 1907.

Anguita con Badilla

Omisión de enunciación de acciones y excepciones. — Excepción.— Prescripción.—Prueba.— Reclamación oportuna del vicio. Aguas.—Apreciación de los hechos.—Reivindicación. Cuota. — Cosa singular — Posesión regular.— Prescripción ordinaria y extraordinaria - Instrumento privado. — Prueba.— Formalización. - Causal nueva de casación.

DOCTRINA: *No omite la enunciación de las peticiones ó acciones deducidas la sentencia que no hace referencia á la excepción de prescripción extintiva que pretende haber invocado el demandado, si en realidad éste se limitó á referirse á ella al responder á la expresión de agravios y no la alegó formalmente.*

Cumple dicho requisito la sentencia, respecto de la excepción de prescripción adquisitiva alegada, si la enuncia en un considerando y completa dicha enunciación agregando en la parte resolutiva que fué alegada en 2ª instancia por el demandado.

No incurre en nulidad la sentencia que no recibe á prueba la excepción de prescripción alegada por una parte, si ésta no ofreció prueba testimonial para acreditarla y, por el contrario, manifestó que la fundaba en los antecedentes escritos de los autos.

A mayor abundamiento, no habiéndose reclamado oportunamente de la resolución de la Corte de Apelaciones que citó á las partes para sentencia sin haber recibido á prueba la excepción de prescripción alegada, no puede fundarse en esta decisión un recurso de casación en la forma contra la sentencia de la Corte.

La apreciación de los hechos es facultad privativa del tribunal sentenciador. Establecidos por el tribunal sentenciador los hechos de que un canal fué construído por el dueño de un predio para su regadío, pasando después al dominio de sus herederos, hijuelatarios de dicho predio; que uno de estos herederos lo

ensanchó y aumentó su dotación; que este heredero reconoció el derecho de uno de sus coherederos á su cuota en el canal, gozando este último de su derecho y contribuyendo á los gastos del canal; debe aceptarse la demanda reivindicatoria de este coheredero que ha sido privado de su derecho por el sucesor de aquel que aumentó la dotación del canal, pues se trata de la reivindicación de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular de que el demandante no está en posesión, para que el actual poseedor sea condenado á restituírsela.

Establecida por el tribunal sentenciador la posesión regular de más de diez años que el demandante ha tenido sobre dicho canal, debe aceptarse la prescripción adquisitiva de dominio que invoca en la demanda.

Establecido por los jueces de la causa el hecho de que el demandado no tiene justo título para amparar el dominio que pretende como poseedor regular, ni ha poseído durante treinta años, no infringe disposición legal alguna la sentencia que rechaza las prescripciones ordinaria y extraordinaria que invoca el demandado.

No viola el artículo 1703 del Código Civil la sentencia que toma en cuenta documentos privados para establecer los hechos del pleito, si de ella misma aparece que no les ha dado el alcance de prueba decisiva y única, sino sólo de presunciones ó de antecedentes complementarios de la prueba testimonial.

Interpuesto el recurso no puede hacerse en él variación de ningún género y, por consiguiente, es inadmisible la causal fundada en la violación de un artículo que no se alegó al formalizarlo.

———

Doña Quiteria Anguita viuda de Fernández residente en la ciudad de Los Anjeles, demandando expone: que por herencia de su padre don Estanislao Anguita y á virtud de la sentencia que se pronunció en ese juicio de partición posee como adjudicataria desde el año 1850 más ó menos una de las hijuelas del fundo Cariboro situado en este departamento, subdelegación del Pedregal y deslinda: Norte, Rosami Novoa, Sánchez y Catalán; Sur, Hipólito Barriga; Oriente, hijuela de don Roberto Anguita y Poniente, Catalán Baquedano y Vicente Reyes; que allá, por los años 35 á 40 su padre, dueño de todo el predio Cariboro, construyó un acueducto que condujo las aguas del estero Cariboro hasta tres puntos más apartados de su fundo. Que desgraciadamente su padre no pudo gozar largo tiempo del fruto de su trabajo pues falleció el año 47 dejando á sus hijos de menor edad y sin elementos suficientes para llevar á término sus proyectos, por cuyo motivo sus herederos se limitaron á conservar los bienes adquiridos y solamente hacían uso del agua para el riego de los pastos y otras labores de menos importancia, descuidando á veces la limpia y reparación del acueducto; que hecha la partición de la herencia paterna, uno de los hijuelatarios del fundo Cariboro, el general don Basilio Urrutia, marido de doña Teodorinda Anguita, se propuso aprovechar este valioso elemento de cultivo en favor de su hijuela que hoy constituye el fundo "Luanco" y creyendo tal vez que pudiera ponerse en duda el derecho adquirido por su antecesor á causa de las intermitencias del goce, se presentó á la autoridad administrativa solicitando una merced de treinta regadores de agua del estero Cariboro, previniendo que la boca-toma será la misma de la acequia que saliendo de dicho estero atraviesa el mismo fundo, la cual boca-toma se encuentra al Oriente del fundo "Luanco" como á dos leguas de distancia de él y en terrenos de Eustaquio Escobar; que siguiendo la práctica acostumbrada la autoridad administrativa decretó favorablemente esa petición y con fecha 28 de julio de 1868 concedió al general Urrutia la merced de agua solicitada sin perjuicio de terceros, cláusula que naturalmente dejaba á salvo todos los derechos de los hi-

juelatarios del antiguo fundo Cariboro, fuera de que la concesión declaraba que el acueducto por donde se conducía el agua era el mismo que regaba ya el fundo "Luanco" y otros; que no obstante esto y á fin de disipar cualquiera duda, su marido don Ramón Fernández se apresuró á representar sus derechos ante la autoridad administrativa oponiéndose á la merced solicitada por el general, oposición que retiró más tarde cuando se convenció que la merced concedida en nada lesionaba los derechos adquiridos por los hijuelatarios de Cariboro y sobre todo cuando los hechos vinieron á persuadirlo de que el señor general Urrutia pensaba de la misma manera y así lo declara el señor Urrutia en el documento privado que se acompaña, en que el otorgante reconoce quede la merced de treinta regadores del estero Cariboro que se le ha concedido corresponde á don Ramón Fernández Pinochet la quinta parte de agua que corra por la acequia principal, contribuyendo con la parte de gastos correspondientes á su cuota; que con esta declaración su marido gozó constantemente del agua necesaria para el regadío de su hijuela, contribuyendo á las limpias y reparaciones del acueducto y fué reconocido expresamente como accionista por todos los propietarios y ocupantes del fundo "Luanco"; que muerto su marido don Ramón Fernández, continuó ella gozando del agua en la misma forma y el poseedor de "Luanco", que lo era entonces don Basilio 2º Urrutia, nunca puso obstáculos para la continuación del goce y al contrario recibió de ella la cuota correspondiente para limpia y reparaciones del acueducto; que hay pues, en favor de la demanda, además de la prescripción, el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente y sin embargo don Roberto Badilla, actual propietario del fundo "Luanco", le ha negado todo derecho á las aguas del acueducto aludido, ocasionándole gravísimos perjuicios. Que no habiéndose podido arreglar con el señor Badilla, viene en entablar la presente demanda en su contra para que se le obligue á restituirle el goce de la quinta parte del agua que lleva el acueducto con que riega el fundo "Luanco" y á pagarle los perjuicios causados desde principios del año 1884, fecha de la privación del agua, y además las costas de la causa.

En rebeldía de don Roberto Badilla se dió por contestada la demanda, se recibió la causa á prueba, rindiéndose la que consta de autos y se citó para sentencia, dictándose la siguiente por el Juzgado de los Anjeles con fecha 30 de octubre de 1903:

Considerando:

1º Que consta de autos que el general don Basilio Urrutia solicitó y obtuvo en 1868, merced de treinta regadores de agua del estero Cariboro con el fin de regar su fundo "Luanco" ubicado en la subdelegación del Pedregal;

2º Que de este caudal de agua pretende la demandante ser dueña de la quinta parte, y para que le sea restituído el goce de dichas aguas entabla el presente juicio en contra del actual propietario del fundo "Luanco" señor Roberto Badilla;

3º Que la demandante no ha probado ser dueña de la parte de aguas cuya restitución solicita, pues las cartas y documentos privados que se acompañan, no son bastantes al objeto, ni tampoco el mérito de la prueba testimonial rendida;

4º Que tampoco se ha probado haberse poseído por la demandante la servidumbre de acueducto el tiempo necesario para adquirir este derecho por prescripción.

Con lo expuesto y visto lo dispuesto en los artículos 1698 y 682 inciso 1º del Código Civil y 151 del Código de Procedimiento Civil, se desecha la prescripción alegada por la demandante y se declara sin lugar la demanda con costas.

Apelada esta resolución, don Roberto Badilla, respondiendo á la expresion de agravios alegó á mayor abundamiento la prescripción con arreglo á lo prevenido en el artículo 300 del Código de Procedimiento Civil y fundándose, como textualmente lo previene, en los antecedentes escritos que constan del expediente.

La Corte respectiva falló:

Concepción, 14 de enero de 1905.—Aceptando la parte expositiva y los dos primeros con-

siderandos de la sentencia de primera instancia; y teniendo además presente:

1º Que con la prueba rendida al tenor del interrogatorio concordante con el mérito de los documentos y con el de los antecedentes de que hace mención la sentencia compulsada, se han justificado los hechos en que la demanda se funda;

2º Que además de haber reconocido el general don Basilio Urrutia, marido de doña Teodorinda Anguita, en el documento que la quinta parte del agua que conduce el canal materia de este juicio, correspondía á don Ramón Fernández Pinochet, consorte de la señora demandante, hermana ésta de la mencionada doda Teodorinda Anguita, el hecho de que el referido señor Urrutia solicitara una merced de treinta regadores del estero Cariboro, ya fuese para aumentar el agua del canal ó para salvar la omisión de no haberse pedido esta merced cuando construyó el acueducto don Estanislao Anguita, padre de las indicadas señoras, no puede ser motivo para sostener que desaparecieran los derechos que este caballero tenía sobre dicho acueducto, el cual destinó al regadío de sus terrenos; y por lo tanto, don Basilio Urrutia no hizo otra cosa que enriquecer y ensanchar un canal que pertenecía á la sucesión de su suegro señor Anguita;

3º Que lo que acaba de exponerse está corroborado con la circunstancia de que el señor Urrutia, al solicitar la merced de los treinta regadores, cuya concesión pidió á la autoridad administrativa, expresó que la boca toma estaría en el mismo lugar en que se abrió la que servía al canal que hizo don Estanislao Anguita; y con el hecho, plenamente justificado con la prueba instrumental y de testigos, de que el ensanche, limpia y sostenimiento de canal se hicieran á expensas de los herederos que componían la sucesión de dicho señor Anguita, en proporción de sus respectivos derechos;

4º Que por estos motivos se halla establecido que no se construyeron dos acueductos distintos, perteneciente el uno á don Estanislao Anguita y después á sus herederos, y perteneciente el otro á don Basilio Urrutia; sino que ha existido un solo canal, si bien enriquecido y ensanchado después de la muerte del padre común;

5º Que carece de importancia la alegación de que en la adjudicación de las hijuelas de los terrenos regados con dicho acueducto, no se mencionaron los derechos de agua con que cada una de ellas se entregaba á los herederos; ya que los referidos derechos, siendo accesorios de los predios adjudicados, no había por qué mencionarlos de un modo expreso; á lo que se agrega que, según consta de autos, algunos de los adjudicatarios, al enajenar en favor de terceros sus hijuelas, expresaron que tenían derechos de aguas;

6º Que un acueducto es una cosa singular y esta calidad no se pierde porque el caudal de agua que conduce varíe según la estación ó circunstancias que sobrevengan; y si se halla dividido en partes alícuotas, estas porciones se sostienen aunque sujetas á las variaciones que experimente el caudal de agua respecto de su dotación nominal;

7º Que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular;

8º Que no habiendo sufrido alteración la identidad del canal, desde el tiempo ya remoto en que lo construyó don Estanislao Anguita hasta ahora, la señora demandante tiene, como fundamento de las acciones que ejercita la sucesión por causa de muerte y la prescripción, que revisten la doble calidad de título y de modo de adquirir, bastando para la última la posesión regular de diez años que la demandante tiene con exceso;

9º Que el demandado don Roberto Badilla, como sucesor de don Basilio Urrutia, en calidad de comprador del fundo "Luanco", no puede considerarse como tercero respecto de la señora demandante, y le afectan todas las obligaciones que tuvo ó contrajo el señor Urrutia con relación al predio vendido y á sus derechos de agua; y

10. Que el goce que ha tenido don Roberto Badilla de las aguas del canal en lo que exceda al derecho que sobre ellas tenía su antecesor, no está amparado por un justo título que convirtiéndolo en poseedor regular, lo autorizara para adquirir las aguas por prescripción de diez años; y en consecuencia necesitaría treinta para hacerlas suyas por este

modo de adquirir, y aparece de autos que no ha poseído durante ese lapso de tiempo.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 151, 300, 374 y 428 del Código de Procedimiento Civil y 588, 688, 702, 703, 882, 889, 892, 893, 1698, 2506, 2508, 2510 y 2511 del Código Civil, se revoca la sentencia apelada de 30 de octubre de 1903, y se declara que ha lugar á la demanda, y que se desecha la excepción de prescripción alegada en segunda instancia por el demandando Badilla, sin costas, por haber habido motivo plausible para litigar.

Redactada por el señor Presidente Parga. —*Juan N. Parga.* — *Manuel Rodríguez.*—*V. Fuentes.*

Contra esta resolución interpuso don Roberto Badilla los recursos de casación en la forma y en el fondo, fundando el 1º en las siguientes causales:

1º En que no se ha cumplido con el artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, pues habiéndose deducido en segunda instancia por una parte en el escrito de respuesta á los agravios, las excepciones de prescripción que allí se leen, no se hizo la enunciación correspondiente en la parte expositiva del fallo recurrido como lo ordena el número 2º del citado artículo, con lo cual se ha incurrido en el motivo de casación que se menciona en el número 5º del artículo 941 del Código antes citado; y

2º En que para fallar las excepciones en referencia habría sido necesario recibir la causa á prueba, y, como esto no se hizo, se incurrió en la causal prevenida en los artículos 960, número 2º, y 941 del Código mencionado.

La Corte:

Considerando:

1º Que en el escrito la parte de don Roberto Badilla sólo alegó la excepción de prescripción adquisitiva de dominio, y, en cuanto á la extintiva, de la cual también trató en el mencionado escrito, se limitó en realidad á hacer referencias que no importaban una alegación formal de dicha excepción, por lo cual la Corte de Apelaciones de Concepción no ha necesitado pronunciarse acerca de ella;

2º Que en el supuesto de que la indicada excepción hubiera sido deducida en tiempo y forma, la circunstancia de no haberse pronunciado sobre ella la sala sentenciadora habría constituído un vicio distinto del invocado por el recurrente y del cual no se habría reclamado por su parte;

3º Que, en cuanto á la prescripción adquisitiva de dominio, la Corte la enunció suficientemente en el considerando 10 de la sentencia reclamada y completó dicha enunciación agregando en la parte resolutiva de dicho fallo que esa excepción había sido alegada en segunda instancia por el demandado Badilla, detalles que bastan para cumplir las exigencias del número 2º del artículo 193 del Código de Procedimiento Civil, ya que la ley no ha fijado un orden preciso para llenarlas;

4º Que la parte de Badilla no ofreció prueba testimonial para acreditar la prescripción de que se ha hecho mérito; y, por el contrario, manifestó que la fundaba en los antecedentes escritos que constaban del mismo expediente, declaración que hacía innecesario abrir un término de prueba especial, á fin de justificarla; y

5º Finalmente que, de todos modos, Badilla no reclamó en tiempo de la resolución de la Corte de Alzada que citó á las partes para sentencia sin haber recibido el incidente á prueba, por lo que se encontraría inhabilitado legalmente para fundar en tal omisión el recurso de casación interpuesto;

Por estos fundamentos y juzgando con arreglo á lo prevenido en los artículos 945, 946, 960, 971 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en la forma deducido por la parte de don Roberto Badilla.

Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el señor Ministro Fóster Recabarren.— *Galvarino Gallardo.*—*Gabriel Gaete.*—*Carlos Varas.*—*E. Fóster Recabarren.*

Desechado de esta manera el recurso de casación en la forma, pasó el tribunal á ocuparse del recurso de casación en el fondo deducido.

Formalizando este recurso el recurrente, don Roberto Badilla, se expresa en los términos siguientes:

La casación en el fondo se funda: *a*) En que se han infringido las disposiciones de los artículos 889 y 892 del Código Civil al considerar que lo reivindicado por doña Quiteria Anguita es una cosa cierta y determinada, ó á lo menos una cuota determinada de una cosa cierta y singular. El considerando sexto de la sentencia contribuye á manifestar que en realidad la acción de reivindicación que se ha admitido en virtud de ella, versaría sobre algo perfectamente indeterminado ó incierto, pues da á entender que la cuota reclamada por la demandante en cuanto á su cantidad real y efectiva está sujeta á variaciones, ó sea que en un año esta cuota ha podido ser mayor de cierta cifra y en otra inferior. Y por otra parte, en el considerando 10º se indica ó se da á entender de un modo inequívoco que el señor Badilla sólo puede ser obligado, en cuanto á los derechos que invoca la demandante, á responder por el exceso al derecho que sobre las aguas tenía su antecesor don Basilio Urrutia;

b) En que se ha infringido también el artículo 1703 del Código Civil, al dar á los documentos ó papeles privados un mérito que no pueden tener, ya que su fecha, según este artículo, debe estimarse que es la de su presentación en juicio, supuesto que para el señor Badilla tales documentos son como si no hubieran existido jamás, ni ha podido basarse en ellos ninguna consideración en su contra. Considera que estas causales caen bajo la disposición del artículo 940 del Código de Procedimiento Civil.

En la solicitud destinada á fundar el recurso interpuesto, la parte recurrente hace una exposición de las peticiones formuladas por la demandante y de los antecedentes que obran en el proceso, analiza y discute el mérito de la prueba producida y termina sosteniendo:

1º Que no siendo auténtico, ó por lo menos, no habiéndose acreditado debidamente la autenticidad de los papeles privados;

2º Que no estando la interpretación dada por la Iltma. Corte á los documentos conforme con su título ni con los antecedentes que dicen relacion con ellos;

3º Que no teniendo la prueba testimonial rendida el verdadero valor legal que se le atribuye; y

4º Que no siendo el caso de que se trata el mismo que se contempla en la sentencia compulsada, no se han acreditado los hechos en que se basa la demanda, y de consiguiente la Iltma. Corte, al pronunciar su sentencia, ha discurrido sobre una base falsa y las disposiciones legales citadas en dicha resolución no pueden ser aplicables á la cuestión de que se trata, considerada en su verdadero aspecto.

En seguida agrega: "de aquí que se haya infringido la disposición del artículo 889 del Código Civil, que sólo concede la acción reivindicatoria al dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado á restituirla, ó bien al dueño de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, calidad que no ha justificado don Ramón Fernández durante el curso de este juicio". Por lo que respecta á la prescripción que se alega, tampoco puede tener cabida. El artículo 2508 del Código ya citado establece que para ganar un derecho por prescripción ordinaria se requiere posesión regular por el lapso de diez años. Ahora bien, como don Ramón Fernández en este caso ha estado poseyendo en virtud del documento de fs. 1, título injusto, conforme á lo dispuesto en el artículo 704, número 3 del referido Código, su posesión es irregular y de aquí que no pueda prescribir en diez años sino en treinta, tiempo que no se reúne, ya que su goce data solamente desde 1868. Por consiguiente, existe también infracción manifiesta del artículo 2508 á que hemos aludido.

Al responder al escrito en que se funda el recurso, la parte de doña Quiteria Anguita v. de Fernández hace á su turno exposición de los antecedentes del juicio con el propósito de desvirtuar las causales y fundamentos de la casación de que se trata, contradice la fidedignidad de documentos que se hace valer por el recurrente, sostiene el valor de los documentos privados que obran en autos y su aplicabilidad al punto discutido, y formula diver-

sas observaciones en pro del valor legal de la prueba de testigos producida por su parte y para justificar la correcta aplicación que el tribunal sentenciador hizo de los antecedentes acumulados en los autos, para llegar á establecer los hechos que sirven de base á la sentencia recurrida.

Oído el informe de uno de los Ministros del Tribunal,

La Corte:

Considerando:

1º Que la sala sentenciadora, en uso de sus facultades privativas y apreciando la prueba documental y testimonial rendidas por las partes, ha dado por afirmativamente establecido los hechos ó circunstancias en que la demanda se funda, á saber:

1º Que fué don Estanislao Anguita, padre de la demandante y de doña Teodorinda Anguita, el que entre los años de 1835 á 1840, construyó, como dueño del fundo "Cariboro", un canal para el riego y cultivo de esta propiedad, con aguas extraídas del estero del mismo nombre; 2º Que muerto don Estanislao, su yerno el general don Basilio Urrutia, hijuelatario del fundo "Cariboro" en su calidad de marido de la citada doña Teodorinda, había ensanchado y enriquecido el predicho canal, aumentando su dotación de agua con treinta regadores del estero Cariboro, que al efecto obtuvo de la autoridad administrativa; 3º Que Urrutia reconoció expresamente á don Ramón Fernández, marido de la demandante, doña Quiteria Anguita, y como tal hijuelatario de "Cariboro", derecho á la quinta parte del recordado acueducto, á condición de que contribuyera en la cantidad correspondiente á esa cuota á los gastos de construcción y de conservación del mismo canal; 4º Que en virtud de ese reconocimiento, primero Fernández y más tarde doña Quiteria, habían gozado constantemente del agua necesaria para el riego de su hijuela, y contribuído á los gastos de limpia y reparaciones del canal, y fueron reconocidos en forma expresa como accionistas por todos los propietarios y ocupantes del fundo "Luanco", sin que don Basilio Urrutia, poseedor de esa hijuela del antiguo "Cariboro", les opusiera nunca obstáculos para la continuación de este goce, y que al contrario recibió de la misma demandante la cuota respectiva para las limpias y reparaciones del acueducto; y 5º Que no obstante lo relacionado, don Roberto Badilla, actual propietario de "Luanco", y, por lo tanto, sucesor de don Basilio Urrutia en el dominio de ese predio, le había negado á la demandante todo derecho á las aguas del acueducto aludido, ocasionándole grades perjuicios;

2º Que la misma sala sentenciadora, en corroboración de lo anterior, ha establecido también el hecho de estar plenamente justificado con la prueba instrumental y de testigos de la demandante, que el ensanche, limpia y sostenimiento del canal de "Cariboro", se hicieron á expensas de los herederos de don Estanislao Anguita, en proporción de sus respectivos derechos; agregando todavía la circunstancia de que la identidad del canal citado no ha sufrido alteración desde el tiempo ya remoto en que el causante común de los interesados lo construyó hasta la época actual;

3º Que los jueces del fondo han reconocido, por último, sin contradicción del demandado la calidad de sucesora legítima de don Estanislao Anguita con que doña Quiteria ha figurado en este juicio, como han reconocido y establecido igualmente la posesión regular de más de diez años que la mencionada señora ha tenido sobre el canal en cuestión, como antecedente que de pleno derecho autoriza la prescripción adquisitiva de dominio, alegada también en la demanda; contrariamente á lo que sucede con don Roberto Badilla, quien, según los mismos jueces, no está amparado en sus pretensiones de dominio absoluto sobre el canal por justo título alguno que, convirtiéndolo en poseedor regular, lo autorizara para adquirir esas aguas por prescripción de diez años, siendo que tampoco había podido adquirirlas por la extraordinaria de treinta años, por ser un hecho establecido en el pleito que Badilla no ha alcanzado á poseer exclusivamente el canal durante ese lapso de tiempo;

4º Que en presencia de todos estos hechos,

inamovibles como son dentro de la ley y de la naturaleza propia del bien o cosa cuya reivindicación se persigue en la demanda, el caso de doña Quiteria Anguita tiene en realidad la fisonomía jurídica que le ha dado el Tribunal de Apelación en la sentencia recurrida; ó sea del dueño de una cuota determinada pro-indiviso de una cosa singular de que no está en posesión, que entabla acción de dominio para que el actual poseedor de esa cuota sea condenado á restituírsela;

5º Que en consecuencia, la sala sentenciadora, al declarar el derecho de la demandante sobre la cuota ó porción determinada del canal que es objeto de la demanda, dando lugar á la acción deducida en virtud de lo que disponen los artículos 889 y 892 del Código Civil, ha hecho una aplicación correcta de esos preceptos legales y no los ha violado como se pretende en el recurso;

6º Que tampoco ha violado dicha sala el precepto del artículo 1703 del Código Civil por haber tomado en cuenta para el establecimiento de los hechos del pleito, los documentos privados, puesto que del mismo fallo recurrido aparece que no les ha dado el alcance de prueba decisiva y única en contra del demandado, y sólo han servido en realidad de presunciones ó de antecedentes complementarios de la prueba testimonial, carácter que contrapone y que puede coexistir con las reglas que para la computación de la fecha de esos documentos encierra el mencionado artículo;

7º Que interpuesto el recurso no puede hacerse en él variación de ningún género, y aún cuando más tarde se descubra alguna nueva causal en que hubiera podido fundarse, tal causal no cabe en la sentencia de la Corte de Casación, la que sólo puede pronunciarse sobre las infraciones de ley alegadas en tiempo y forma; y de consiguiente debe desestimarse como estemporánea la causal del presente recurso que se funda en la violación del artículo 2508 del Código Civil, violación que no se alegó al formalizarlo.

Visto además lo dispuesto en los artículos 940, 948, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación en el fondo interpuesto.

Queda aplicada al Fisco la cantidad consignada para este recurso.

Redactada por el Ministro señor F[illegible] Recabarren—*Carlos Varas.—Galvarino G[illegible]llardo.— Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.—E. D[illegible]so V.*

Cas. en la forma.—1º de diciembre de 1[illegible]

Anguita con Reb[illegible]lledo

Ultra-petita.—Casación en la forma.—Remate.—Nulidad. Legítimo contradictor.

DOCTRINA:—*Es nula por fallar ultra-petita la sentencia del Tribunal de Alzada que se extiende á un punto no sometido por las partes á la decisión del Tribunal.*

Pedida la nulidad de un remate judicial en virtud de ciertas causales, declarada esta nulidad en primera instancia, y precisadas las acciones y excepciones de las partes en los escritos de expresión de agravios y adherimiento á la apelación, falla ultra petita el Tribunal de Alzada que deseche la demanda declarando inadmisibles las causales de nulidad en virtud de una excepción nueva, que no había sido alegada ni discutida en el juicio: la de que la sentencia de remate debe llevarse adelante mientras no haya sido anulada ó modificada en un juicio previo entre legítimos contradictores.

En 30 de marzo de 1897, don José Ar[illegible] Villagrán, con poder suficiente de don Bernabé Francisco Anguita, interpuso demanda pidiendo la nulidad del remate de la tercera

ijuela de "Nihuinco" que se adjudicó á su representado en la partición de los bienes de su abuelo don Rafael Anguita, y en consecuencia, que se declare que don Simón Reboedo, comprador de dicha hijuela, debe entregarla en el término de tercero día con sus frutos, mejoras y costas.

Acompaña al efecto una copia legalizada de la partida de defunción de don Bernabé Anguita, padre del demandante, de la cual aparece que aquel falleció en Buenos Aires el 31 de diciembre de 1890, y una partida de nacimiento de don Bernabé Francisco por la que se acredita que era menor de edad á la fecha en que se efectuó el remate del predio cuya nulidad reclama.

Con el mérito de estos documentos sostiene el demandante que en el acto del remate don Antolín Anguita aparece vendiendo la hijuela de "Nihuinco" sin tener autorización legal para ello, pues el poder que le había conferido su padre don Bernabé en Buenos Aires el 12 de julio de 1886 había caducado por el hecho del fallecimiento ocurrido el 31 de diciembre de 1890, y no se había dado al menor un nuevo curador para que lo representara válidamente en la enajenación de la propiedad.

Bastaría esto para declarar la nulidad absoluta del remate; pero para robustecer su demanda, va á exponer otras causales que entrañan también nulidad absoluta.

Probará oportunamente que, habiéndosele adjudicado la hijuela tercera "Nihuinco" con una extensión de 422 hectáreas, no se ha inscrito la adjudicación, ni se le ha dado la posesión efectiva de esa herencia, contraviniendo así los preceptos de los artículos 687 y 688 del Código Civil; por manera que aún en la hipótesis de que hubiera sido representado por don Antolín Anguita en la venta de esta hijuela, no teniendo el demandante sino el dominio de la nuda propiedad á la fecha en que se realizó el remate, siempre sería este nulo por no haberse cumplido con los requisitos que los citados artículos del Código Civil exigen: la posesión efectiva y la inscripción en el Conservador del departamento en que está situado el inmueble.

Señala también como otra causal de nulidad del remate el hecho de que cuando don Antolín Anguita tenía aún la representación legal del menor don Bernabé Francisco, solicitó permiso para vender la hijuela de "Nihuinco" y se fijó día para su remate, una vez obtenida esa autorización.

En esta circunstancia se opuso á la enajenación don Héctor Anguita, alegando ciertos derechos y pidiendo la prohibición provisoria de gravar y enajenar el fundo, á lo que se accedió, quedando notificado don Antolín Anguita del decreto respectivo.

Dejó don Antolín trascurrir algún tiempo y se presentó nuevamente á la justicia, sin acompañar los antecedentes de la prohibición referida, pidiendo esta vez autorización únicamente para hipotecar el predio del menor.

Obtenido éste, se procedió en el acto á extender una escritura de mutuo hipotecario por nueve mil pesos y á doce meses plazo á favor del Banco de Concepción y todavía con la irregularidad de que se exigió la fianza solidaria del capitalista don Roberto Badilla, no obstante que la propiedad no tenía gravamen alguno y la hijuela hipotecada se había valorizado en dieciocho mil pesos.

Estando, pues, vigente la prohibición de enajenar y gravar, se procedió al remate y se transfirió al demandado el dominio del fundo cuya nulidad absoluta reclama.

Alega también como otra causal de nulidad la circunstancia de aparecer de los antecedentes que figuran en el cuaderno agregado que el embargo fué decretado por un funcionario incompetente, como era el Alcalde de los Angeles, á quien la ley no faculta para decretos que requieran conocimientos legales á fin de clasificar la naturaleza del juicio.

Resumiendo sus alegaciones, sostiene el demandante:

1º Que siendo bilateral el contrato de compra-venta, deben concurrir á su celebración vendedor y comprador, y sólo cuncurrió este último al acto de cuya nulidad se trata;

2º Que hubo objeto ilícito en la venta, porque existía prohibición de enajenar y gravar la propiedad vendida;

3º Que no pudo tampoco efectuarse válidamente la enajenación, porque los artículos 677 y 678 del Código Civil no daban derecho para hacerlo; y

4º Que, á mayor abudamiento, el embargo que precedió á la venta fué decretado por funcionario incompetente.

Contestando don Simón Rebolledo, pide que se rechace la demanda en todas sus partes y expone: que el primer fundamento de la nulidad del remate de que se trata, esto es, que sólo concurrió á la celebración de la venta el comprador, arguye ignorancia ó mala fe, pues basta leer el inciso 3º del artículo 671 del Código Civil para convencerse de que el demandante fué representado en ese acto.

Ese inciso dispone que en las ventas forzadas que se hacen á petición de un acreedor en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente y el juez su representante legal.

El remate cuya nulidad se pide fué ordenado por decreto judicial y hecho ante el juez que conocía de la ejecución, luego este funcionario fué el representante legal del demandante y hubo vendedor y comprador, siendo, en consecuencia, falsa la primera causal de nulidad.

El segundo fundamento de la demanda, que hubo causa ilícita por no poder vender ni gravar la propiedad, se refiere, á lo que parece, á la edad que tenía el demandante á la muerte de s padre acaecida el 31 de diciembre de 1890, ya que caducó por esta causa el poder que había conferido para que lo representasen en Chile en su carácter de curador legal del hijo.

Para desvanecer esta equivocación basta citar la disposición del artículo 397 de la Ley Orgánica de Tribunales, que prescribe que el mandato para negocios judiciales no termina por la muerte del mandante, y esto en el supuesto que el mandatario hubiera tenido conocimiento de este hecho, cosa que en el caso actual no puede asegurarse, porque la muerte del padre tuvo lugar en Buenos Aires casi en los momentos en que se producía la interrupción de comunicaciones con Chile á causa de la guerra civil que sobrevino en este país pocos días después.

Pero cualquiera que sea la irregularidad que hubiera cometido don Antolín Anguita, y aunque hubiera continuado en su cometido y faltado todavía á sus deberes atribuyéndose facultades que no tenía, en todo caso sería el mandatario y no don Simón Rebolledo el responsable de esas faltas, y á él debería reclamar el demandante los perjuicios que le han causado.

El tercer fundamento de la demanda es menos atendible que los anteriores, porque la omisión de no haberse pedido la posesión efectiva de la herencia no es causal de nulidad de las ventas que puedan hacer los herederos de las propiedades que se les hayan adjudicado.

Y si lo fuera, ese defecto pesaría en el caso actual sobre el demandante y no sobre Rebolledo, puesto que tratándose de una enajenación en pública subasta, no tuvo para qué inquirir si se hubiera ó no pedido la posesión efectiva de la cosa que iba á venderse.

El predio fué hipotecado primero y embargado en seguida, de modo que con esos antecedentes el remate posterior fué perfectamente legal.

El cuarto y último fundamento de la nulidad consiste en que el embargo que precedió á la venta fué decretado por autoridad incompetente.

Esto es inexacto porque los alcaldes al dictar esas providencias subrogaban á los jueces letrados.

Pero aún aceptando que no hubiera podido hacerlo, semejante falta haría responsable al Alcalde y no al demandado.

Concluye don Simón Rebolledo sosteniendo que para declarar nulo el remate impugnado, sería necesario que se alegara una causal que viciara el acto mismo de la enajenación: él nada tiene que ver con actos anteriores que serían imputables á las personas que cometieron irregularidades de tramitación ó incurrieron en otros defectos; pero que el remate no sería nulo mientras que no fueran declarados tales todos los actos anteriores, siendo entonces indispensable que se declarase previamente esa nulidad con citación de aquellas personas á que pueda afectar esa declaración.

Las partes en sus escritos de réplica y dúplica y en las alegaciones de buena prueba reforzaron sus observaciones anteriores, con lo cual se pronunció sentencia fecha 30 de diciembre de 1904 cuyos considerados y parte resolutiva dicen así:

1º Que ambas partes están de acuerdo en cuanto á la cosa objeto de este juicio, de la cual actualmente está en posesión el demandado, por haberla adquirido en pública subasta ante el Juzgado de Letras que conoció en la ejecución promovida por el Banco de Concepción en contra del menor don Bernabé Francisco Anguita, y que por el escrito se demanda la restitución de la llamada tercera hijuela de "Nihuinco", con sus frutos y costas, fundándose en la nulidad del remate y adjudicación de aquella, producida por los defectos que enumera el demandante, defectos que, en su concepto, vician de nulidad dicha adjudicación;

2º Que las acciones iniciadas por el demandante corresponden á las que las leyes acuerdan á todo contrato en el caso en que en las convenciones celebradas se hubiere omitido algún requisito ó formalidad exigidos por la ley para la validez de los actos ó contratos, sea en consideración á la naturaleza de ellos, sea en atención á la calidad ó estado de las personas que los ejecutan ó celebran, y que las mencionadas acciones pueden dirigirse por el que se considere perjudicado con el acto y contrato vicioso contra el otro ú otros contratantes ó sus herederos, representantes ó sucesores á cualquier título;

3º Que como consecuencia de lo expuesto en los números anteriores, don Bernabé Francisco Anguita ha hecho uso del derecho que le concede el artículo 1681 del Código Civil para entablar en contra de don Simón Rebolledo la acción de nulidad del remate y adjudicación del bien raíz, que pasó á poder del demandado en virtud de un contrato de compraventa que considera nulo ó celebrado en contravención á la ley que exige ciertas formalidades esenciales;

4º Que en lo relativo á la falta de representación del menor Bernabé Francisco Anguita en el recordado remate y adjudicación, hay que considerar que el demandante era menor de edad y emancipado al verificarse la adjudicación, datos comprobados por los documentos acompañados que acreditan la fecha del nacimiento del demandante y la muerte de su padre don Bernabé Anguita;

5º Que en orden á la misma causal de nulidad, dicho menor estuvo representado en el juicio ejecutivo aludido y en el acto de la adjudicación de la cosa embargada, por don Antolín Anguita y don Luis Dávila, según el poder cuya copia corre en estos autos y que ninguna de las partes ha pretendido probar que adolezca de la falta de autenticidad ó integridad;

6º Que por lo tanto y tomando en consideración los términos y alcance de ese mandato, para calificar la validez de la representación del menor en el acto de la adquisición, el cual constituye por sí solo el contrato de venta forzada que la ley supone se celebra entre el ejecutado y el adjudicatario, se deduce del tenor literal del poder aludido que el otorgante don Bernabé Anguita, como padre lejítimo de don Bernabé Francisco y en uso de los derechos de patria potestad, facultó á su hermano don Antolín Anguita para que lo representara en todas las diligencias, juicios y actuaciones que se promovieran con motivo de la reclamación y recepción de las herencias de doña Carmen y don Rafael Anguita, que recaían en su hijo, autorizándolo al mismo tiempo para arrendar, gravar ó enajenar los bienes que en su carácter de apoderado recibieron por dichas herencias;

7º Que el Código Civil al disponer en su artículo 2131 que el mandatario se ciña rigorosamente á los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes lo autoricen para obrar de otro modo, declara implícitamente que este contrato bilateral pertenece á la categoría de los de derecho estricto; y de acuerdo también con la disposición del artículo 2130 del citado Código, el antedicho mandato debe calificarse de especial por referirse á negocios especialmente enumerados;

8º Que aun cuando se le diera el carácter de general no podría, dados los términos del instrumento respectivo, haber concedido otras facultades que las determinadas en el artículo 2132, entre las cuales no figura la de representar al mandante en juicio en el carácter de demandado;

9º Que, en consecuencia, no habiendo tenido poder don Antolín Anguita para representar al menor don Bernabé Francisco en

dicho juicio, no es del caso pronunciarse sobre la caducidad del mandato por muerte del mandante, alegada por el demandante en este juicio;

10. Que el inciso 3º del artículo 671 del Código Civil, al disponer que "en las ventas "forzadas que se hacen por decreto judicial "á petición de un acreedor, en pública subas- "ta, la persona cuyo dominio se transfiere es "el tradente y el Juez su representante legal", se refiere únicamente á la formalidad legal de la tradición, que se verifica por intermedio de aquel funcionario y nó á la representación en las demás actuaciones y por lo tanto, no puede estimarse representado don Bernabé Francisco Anguita en la adjudicación de la propiedad que demanda;

11. Que las prohibiciones de gravar y enajenar decretadas en juicio, aun cuando sean provisorias, surten todos sus efectos legales mientras no se decrete su alzamiento en el mismo litigio en que se hubieren decretado, y que á la fecha en que se verificó el remate y adjudicación del predio embargado existía una prohibición de gravar y enajenar el mismo predio decretada por el Juzgado de Letras de Los Angeles, lo cual está reconocido explícitamente por el demandado en el alegato de buena prueba, al sostener que tal prohibición era de carácter provisorio y sujeta á la condición de ser inscrita en el Registro del Conservador del departamento, lo que no se efectuó;

12. Que en la época en que se efectuó la adjudicación referida, no regía la disposición del artículo 286 del Código de Procedimiento Civil, ni pueden considerarse sometidos los efectos jurídicos de dicha prohibición de gravar y enajenar á la condición de inscribirla en el Registro respectivo, por cuanto no era entonces obligatoria esa formalidad y, en consecuencia, el remate y adjudicación de la hijuela reclamada se verificaron estando pendiente y en vigor la prohibición de gravarla y enajenarla decretada por juez competente;

13. Que no produce nulidad de la venta referida la falta del decreto que concedió al demandante la posesión efectiva de la herencia y su inscripción en el respectivo Registro del Conservador, ni el hecho de haberse despachado el mandamiento de ejecución y entrega por el Alcalde de Los Angeles, funcionario que en esa época tenía atribuciones para dictar providencias de sustanciación en juicios entre partes.

Por estas consideraciones y juzgando con arreglo á lo dispuesto en los artículos 1450 y 1464 del Código Civil y 167 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á la demanda en cuanto se pide la nulidad del remate y adjudicación de la propiedad determinada tercera hijuela de "Nihuinco", con sus frutos desde la fecha de la adjudicación, debiendo verificarse la entrega del predio dentro del quinto día después de ejecutoriada esta sentencia, reservándose á las partes el derecho de discutir su monto y la especie de los frutos, en conformidad á lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 169 del Código de Procedimiento Civil.

Apelada esta resolución por la parte de don Simón Rebolledo, alegó éste en la expresión de agravios la prescripción, fundándose en que por haber estado esta causa paralizada más de tres años en su tramitación, se ha extinguido la acción del demandante, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 2518 del Código Civil.

En ese mismo escrito el apelante solicita en segundo término se declare que no ha lugar á la demanda por no haberse tramitado la causa con legítimo contradictor, pues en el juicio ejecutivo intervino como parte directa el Banco de Concepción, que no ha sido demandado ni oído, y también don Antolín Anguita, mandatario del menor, con quienes también deben discutirse directamente las cuestiones propuestas en la demanda.

Finalmente, en subsidio de las peticiones anteriores, pide que se revoque la sentencia por no existir los vicios de nulidad de que se trata en este juicio, declarando en todo caso que don Simón Rebolledo debe ser considerado poseedor de buena fe, y reservándose su derecho para repetir contra quien viere convenirle por el precio del remate y demás prestaciones que le competan.

Don Bernabé Francisco Anguita, adhiriéndose á la apelación y respondiendo á los agravios

vios, pidió que se confirmara la sentencia en la parte apelada por don Simón Rebolledo, y que se la revocara en cuanto no acepta la tercera causal de nulidad fundada en haberse enajenado la hijuela de "Nihuinco" que adquirió á título hereditario, con infracción á lo dispuesto en artículo 688 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte de Apelaciones de Concepción expidió en 30 de marzo de 1906 la siguiente resolución:

"La parte de don Simón Rebolledo ha deducido recurso de apelación contra la sentencia definitiva de 30 de diciembre de 1904, y en su escrito de expresión de agravios alega la excepción de prescripción fundado en que, en virtud de haber estado esta causa paralizada por más de tres años en su tramitación, se ha extinguido la acción del demandante, de conformidad con lo prescrito en el inciso final del artículo 2518 del Código Civil.

"Estima que la nulidad alegada en la demanda es la relativa.

"La parte contraria solicita se deseche la excepción de prescripción alegada en segunda instancia, porque las acciones entabladas en la demanda y discutidas en el juicio son las de nulidad absoluta, insubsanable por un lapso de tiempo que no pase de treinta años; porque no es exacto que haya cesado la prosecución de la litis por más de tres años; y porque aún suponiendo efectiva la cesación, se habría producido la renuncia tácita del derecho de alegarla toda vez que el contendor continuó en la secuela del juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

"Y adhiriéndose á la apelación, expone: que aun cuando el Juez de primera instancia no se ha pronuciado determinadamente en la parte resolutiva de la sentencia apelada acerca de la tercera causal de nulidad alegada en la demanda, en el décimotercio considerando declara que no es aceptable dicha causal, por lo cual pide se revoque la sentencia en esta parte y se acepte también esa causal.

"El demandado pide el rechazo de la causal de nulidad que ha motivado la adhesión á la apelación.

"Con lo relacionado, aceptando la parte expositiva de la sentencia de primera instancia; y

"Considerando:

1º Que aun cuando la sentencia en alzada no contiene un pronunciamiento expreso y determinado sobre todas las causas de nulidad alegadas en la demanda, de los considerandos y citas legales que ella contiene, se desprende de una manera inequívoca que el Juez *á quo* aceptó la primera y segunda y rechazó las otras dos;

"2º Que así lo han entendido también las partes al fundar sns repectivos recursos de apelación y de adherimiento, sin hacerlos extensivos á la cuarta de aquellas causales;

3º Que el remate cuya nulidad se persigue en este juicio, no es un acto aislado que haya tenido su origen en la sola voluntad de las partes ó contra la de alguna de ellas, en los casos previstos por la ley, sino que es la consecuencia inmediata y directa de lo resuelto en un juicio ejecutivo que terminó por sentencia definitiva, la que ordenó que se llevara á efecto dicho remate;

"4º Que toda sentencia judicial que tenga real ó aparentemente el carácter de firme, produce el efecto de llevarse adelante lo resuelto en ella mientras otra resolución judicial no altere ó anule las consecuencias de aquella;

"5º Que no habiendo constancia alguna de que la sentencia que ordenó el remate de que se trata haya sido modificada ó anulada en juicio entre legítimos contradictores, mientras ella subsista, no puede ser invalidado aquel acto con el objeto de reivindicar la propiedad á que se refiere, pues, como se ha dicho, él es consecuencia inmediata de aquella sentencia;

"6º Que, por consiguiente, cualquiera que sea la razón de ser de las causales de nulidad en que se funda la demanda, y que han sido materia de la presente apelación, no pueden ser tomadas en cuenta en este juicio ni producir en él el fin perseguido en dicha demanda;

"7º Que siendo improcedentes los motivos en que se funda la demanda, es también improcedente la excepción de prescripción ale-

gada en segunda instancia por la parte demandada.

"Y de conformidad con lo prescrito en los artículos 1698 del Código Civil, 46, 47 y 48 de la ley de 8 de febrero de 1837 y 151, 236 y 237 del Código de Procedimiento Civil, se declaran inadmisibles las causales de nulidad alegada én este juicio y que han sido materia del recurso de apelación y, en consecuencia, sin lugar la demanda, sin costas, por haber habido motivo plausible para litigar.

"No ha lugar á la excepción de prescripción alegada en segunda instancia.

"Se reservan á la parte demandante otros derechos que pueda hacer valer.

"Se revoca en la parte apelada, en lo contrario á la presente, la sentencia de primera instancia de que se ha hecho mención, y se confirma en lo demás".

Contra esta resolución interpuso don Bernabé F. Anguita recurso de casación en la forma y en el fondo, y formalizando el primero, sostuvo en primer lugar que el Tribunal de segunda instancia ha carecido de competencia para expedir su fallo en la forma que lo ha hecho, causal de nulidad prevista por el número 1º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Apelada la sentencia de primera instancia la jurisdicción de la Corte de Alzada quedó circunscrita á las peticiones formuladas por las partes en los escritos de expresión de agravios y de adhesión á la apelación, y como en el primero de éstos se pedía la revocatoria de la sentencia por tres causales, á saber: 1º por haber prescrito la acción del demandante para continuar la demanda; 2º por no haberse tramitado la causa con legítimo contradictor, pues no han intervenido en ella el ejecutante ni el representante del ejecutado en el juicio ejecutivo, con quienes, en concepto del apelante, han debido discutirse directamente las cuestiones propuestas en la demanda; y 3º por no existir las nulidades ó vicios de que se hace mención en el pleito.

El demandante, en el escrito de adhesión al recurso de alzada, pidió se revocara la sentencia en cuanto no aceptaba la causal de nulidad del contrato de venta forzada, por la infracción del precepto contenido en el artículo 688 del Código Civil, sosteniendo que ese acto es nulo también por esa circunstancia.

Agrega el recurrente que las anteriores peticiones fueron la base en que planteó la controversia en la segunda instancia, no pudiendiendo, en consecuencia, salir de esos términos el Tribunal revisor. Sin embargo, la Corte de Apelaciones ha declarado sin lugar la demanda, no por ninguna de las causales alegadas por el apelante, sino porque en su concepto no se puede atacar el contrato de remate ó venta forzada sin anular ó modificar previamente en juicio seguido entre legítimos contradictores la sentencia que ordenó llevarlo á efecto.

El apelante pide la revocatoria fundado en la falta de intervención del ejecutante y del representante del ejecutado en aquel litigio, y la Corte le concede por una causa completamente diversa, porque falta una sentencia que haya anulado el fallo del juicio ejecutivo donde incidió el contrato de venta forzada cuya nulidad se reclama.

En segundo lugar, la sentencia recurrida adolece del vicio de *ultra petita*, según el número 4º del artículo 941 ya citado del Código de Procedimiento, pues ha decidido una cuestión jurídica no sometida por las partes al conocimiento y fallo del Tribunal de Alzada, como es la de si para resolver sobre la nulidad del remate es de necesidad legal que se declare en juicio previo la nulidad de la sentencia de pago recaída en el juicio ejecutivo.

En tercer lugar, la sentencia de la Corte de Alzada no contiene la decisión del punto controvertido, requisito exigido por el artículo 193, número 5º, del Código de Procedimiento Civil, cuya omisión sanciona con la nulidad del fallo el artículo 941, número 5º, del mismo Código. Se trata en este proceso de la nulidad de un remate producida por los vicios que señala la demanda, y la Corte, sin pronunciarse sobre esta acción, declara sin lugar la demanda por la razón de que no hay constancia de que la sentencia que ordenó el remate haya sido anulada ó modificada en un juicio previo entre legítimos contradictores Mientras tanto, el fallo del juicio ejecutivo y la enajenación del bien embargado son actos

jurídicos distintos y muy diversas las funciones que el Juez desempeña en cada caso. La sentencia es antecedente obligado del remate, pero éste no es consecuencia necesaria de aquella, puesto que puede omitirse por el pago de la deuda y costas, por la reclamación de un tercero ó por la destrucción del bien embargado.

La venta forzada puede adolecer de vicios que no afecten de modo alguno la sentencia de remate, como sucedería si la venta se efectuase con prescindencia de tasación pericial, sin los avisos ó pregones ordenados por la ley, ó contra una prohibición de enajenar decretada por una autoridad competente.

En estos casos el acto viciado de nulidad sería el contrato de venta forzada y nó la sentencia que ordenó el remate.

Por último, alega también como causal de casación la infracción del artículo 1683 del Código Civil, que dispone que la nulidad absoluta debe ser declarada por el Juez aún sin petición de parte; y la falta de cumplimiento de este precepto equivale á la omisión del fallo controvertido en la fórma dispuesta por la ley y que está sancionada con la pena de nulidad por el número 5º del artículo 941 del Código de Procedimiento.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la sentencia recurrida, aceptando la relación de los hechos que contiene la de primera instancia, en lugar de pronunciarse sobre las causas de nulidad del remate de la tercera hijuela de "Nihuinco" alegada en la demanda y sobre los puntos designados por las partes en los repectivos escritos de expresión de agravios y de adherimiento á la apelación, ha establecido en los considerandos tercero, cuarto y quinto "que toda resolución que tenga real ó aparentemente el carácter de firme, produce el efecto de llevarse adelante lo dispuesto en ella, y que mientras otra resolución de igual carácter no altere ó anule las consecuencias de la anterior por medio de un juicio previo entre legítimos contradictores, ella subsiste, no pudiendo ser invalidada con el objeto de reivindicar la propiedad de que se trata, pues aquel acto es consecuencia inmediata de esa sentencia";

2º Que agrega todavía la Corte de Alzada en los considerandos sexto y séptimo "que cualquiera que sea la razón de ser de las causales de nulidad en que se funda la demanda y que han sido materia de la presente apelación, no pueden ser tomadas en cuenta, porque son improcedentes, como es también improcedente la excepción de prescripción alegada en segunda instancia por la parte demandada";

3º Que atribuyendo de esta manera al fallo que autoriza el remate de una propiedad embargada el carácter de la cosa juzgada, y revistiendo con igual fuerza el contrato de venta en pública subasta, concluye la sentencia por declarar inadmisibles todas las causales de nulidad producidas en este juicio;

4º Que estas apreciaciones que sirven de base á la sentencia recurrida, guardan relación tan estrecha con la parte dispositiva, que han quedado desechadas igualmente tanto la acción entablada en la demanda como la prescripción y demás alegaciones del demandado, resultando de aquí que es incuestionable que el fallo se funda en una causa diversa de las deducidas por las partes y que esta causa ha influído sustancialmente en la decisión de la litis;

5º Que aceptada la causal de *ultra-petita*, es inútil pronunciarse sobre los demás capítulos de nulidad invocados en el recurso de casación.

Por estos fundamentos, y visto lo dispuesto en los números 1º, 4º y 5º del artículo 941, número 6º del artículo 193 y artículo 300 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de casación en la forma deducido contra la sentencia de 30 de marzo de 1906.

En consecuencia, queda invalidada dicha resolución, y se repone este proceso en el estado en que se encontraba y á fin de que se dicte nuevamente sentencia por el Tribunal á quien corresponda.

Redactada por el señor Ministro Vergara Albano.—*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán. — E. Fóster Recabarren. — A. Vergara Albano.*

Cas. en la forma.—31 de octubre de 1906

Guzmán con Santibáñez

Parte.—Tercero coadyuvante. Nombre.—Tabla.—Omisión del fallo.

DOCTRINA:—*No puede pedir la nulidad de una sentencia fundada en que ella no hace mención de su nombre, ni figuró tampoco su nombre en la tabla al anunciarse la causa, la persona que no es parte en el juicio y sólo ha intervenido en él como tercero coadyuvante.*

Don Agustín Ossa interpuso recurso de casación en la forma contra la sentencia definitiva dictada por una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 5 de septiembre de 1906, y formalizándolo dice:

1ª Causal—La indicada sentencia es casable porque siendo de segunda instancia y habiendo revocado la de primera instancia no contiene la designación mía como parte litigante, ni mi domicilio, profesión ú oficio. Esta omisión infringe lo dispuesto en el inciso 1º y número 1º del artículo 193 del C. de P. C.; y la infracción de estas disposiciones legales es causal de casación prevista y contemplada en el número 5º del artículo 941 del C. de P. C. Es cierto que la sentencia de US. Iltma. se refiere á la parte expositiva de la de primera intancia, pero esta sólo contiene la designación, domicilio y profesión de los señores Guzmán y Santibáñez, mas no contiene esos datos á mi respecto. *2ª Causal.*— El artículo 170 del C. de P. C. dispone que los Tribunales colegiados formen el último día hábil de cada semana una tabla de los asuntos que verá el Tribunal con la expresión, entre otros datos, del nombre de las partes.

Esta causa, el día en que se vió, según lo he sabido después de dictada la sentencia definitiva de US. Iltma. se anunció en la tabla por los nombres de los señores Guzmán y Santibáñez, omitiéndose el mío, lo cual trajo por consecuencia el que yo no pudiera defenderme eficazmente, desde que ignoré el día de la vista de mi causa. Yo soy uno de los demandantes en este juicio, y, por consecuencia, parte, y ha debido figurar mi nombre en la tabla.

Con la omisión de mi nombre en la tabla se ha infringido lo dispuesto en el artículo 10 del C. de P. C.; y esta infracción importa causal de casación en la forma, especialmente prevista en los artículos 941, número 9º, y 970, número 6º, del C. de P. C.

Pide, en vista de estas razones, que se invalide dicha sentencia

La Corte:

Con lo expuesto y teniendo presente:

1º Que esta causa se ha seguido únicamente, tanto en la 1ª como en la 2ª instancia, con la intervención de don Manuel A. Guzmán como demandante y don Juan J. Santibáñez con el carácter de demandado; 2º Que apelada la sentencia de primera instancia y hallándose la causa en estado de relación por estar notificadas del decreto de autos las únicas personas que habían figurado como partes en el juicio, presentó el recurrente don Agustín Ossa el escrito, por el cual pidió que se le tuviera también por parte en mérito de ser cesionario de una cuota del derecho litigado por el demandante; 3º Que, la Corte, proveyendo ese escrito, se limitó á ordenar que se agregase á sus antecedentes, sin resolver nada acerca de si Ossa debía ser tenido como parte directa en el pleito; 4º Que, por lo demás, de los antecedentes expuesto, aparece que el referido Ossa ha investido en la litis el carácter de tercero interesado en ella, y que, por lo tanto, ha tenido sólo derecho para continuar el proceso en el estado en que se encontraba cuando se presentó al juicio conforme á lo prescrito por el artículo 24 del C. de P. C.; y 5º Que de consiguiente, no ha sido necesario hacer mención de su nombre en la sentencia recurrida, ni en la tabla de las causas que deben ser vistas por el Tribunal sentenciador.

Vistos los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha, con costas, el recurso de casación interpuesto. Se aplica al Fisco la cantidad de $ 100 consignada. Redactada por el señor Ministro Urrutia—*Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.*

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. en el fondo. — 21 de diciembre de 1906

Serey José Luis con Serey Emeterio

Testamento. — Prueba.— Solemnidad. —Nulidad. — Lectura del testamento.— Mención de la lectura.— Apreciación de la prueba.—Testigos.

DOCTRINA:—*La apreciación de la prueba es facultad privativa del tribunal sentenciador. Por consiguiente, la estimación hecha en la sentencia de que los testigos del demandante no estaban contestes en sus dichos y de que sus declaraciones eran en parte contradictorias, aun suponiéndolo erróneo, es inadmisible para el tribunal de casación.*

La mención de haberse cumplido al otorgar el testamento las formalidades dispuestas por la ley para la validez de dicho acto, es una nueva formalidad que no puede exigirse sino en los casos en que la misma ley lo requiera expresamente, como lo hace el Código Civil en os artículos 1018 y 1019 pero no se encuentra establecida respecto de aquellas formalidades de que trata el artículo 1017 del Código Civil. Por consiguiente, el hecho de no haberse mencionado en el testamento abierto que todo él fué leído en alta voz por el escribano ó uno de los testigos en la forma prescrita por el artículo 1017 no es causal bastante de nulidad del testamento (1).

El 9 de mayo de 1887, en Santa Rosa de los Andes, falleció don Eulogio Serey Montenegro, bajo las disposiciones testamentarias del instrumento de fecha 25 de enero de 1887, otorgado ante el juez de subdelegación don Alejo Cruz.

En ese testamento reconoció como hijos naturales suyos á don Emeterio y don Gumersindo Serey y les asignó algunos legados.

---

(1) Esta doctrina ya había sido establecida en casación por sentencia de 14 de noviembre de 1903, en causa de Muñoz Carmona con Muñoz Rodríguez, publicada en esta Revista, Año I, Segunda Parte, pág. 108.

En el remanente de sus bienes instituyó por heredero universal á don José Luis Serey, hijo legítimo del testador.

En noviembre de 1902, el referido don José Luis entabló demanda contra sus hermanos naturales mencionados, para que se declarase nulo el testamento del padre común y se restituyesen los legados al demandante.

Esta demanda expresa como fundamento de la acción, el de que, por informaciones privadas había llegado á conocimiento del demandante que los testigos del testamento "fueron llamados á firmar cuando ya todo estaba hecho", no hirbiendo, en consecuencia, visto al testador, presenciado su otorgamiento ni su lectura, en conformidad á lo dispuesto en los artículos 1015 y 1017 del Código Civil.

Este razonamiento apoyado en los datos obtenidos, agrega, lo corrobora el mismo testamento, pues dicho instrumento en ninguna de sus partes expresa que haya sido leído en alta voz y otorgado en un solo acto, requisitos indispensables para su validez, según lo que expresa el artículo 1026 del mismo Código.

Contestando los demandados alegaron que el testamento de don Eulogio Serey había sido respetado durante quince años y se había hecho uso de él por doña Luisa Salinas, madre legítima y curadora de don José Luis Serey, para la liquidación y división de los bienes dejados por dicho don Eulogio, para cobrar judicialmente de los demandados ciertas sumas de dinero y para interponer dos tercerías de dominio en la ejecución entablada por don Primitivo Rodríguez contra don Emeterio Serey.

Sostuvieron también los demandados que eran falsos los hechos en que se fundaba la demanda, pues el testamento fué otorgado en un solo acto y leído en alta voz, estando presente el testador, el juez de subdelegación, los tres testigos instrumentales y otras personas.

En su otorgamiento se cumplieron todas las disposiciones legales relativas á la ordenación de los testamentos de su clase.

El que no se dejara testimonio en el mismo instrumento del cumplimiento de ellas no es causal bastante para su invalidez, porque ninguna disposición ha establecido tal requisito, y cuando la ley lo exige, cuida de expresarlo, como lo hace en el artículo 1019 del Código Civil relativo al testamento del ciego.

Terminaron los demandados pidiendo se les absolviese de la demanda.

Seguida la causa por sus trámites legales, se dictó sentencia de primera instancia con fecha 11 de diciembre de 1903, en la cual se dió lugar á la declaración de nulidad solicitada en la demanda, basándose en que de las deposiciones de los testigos presentados resultaba que no se había dado lectura al testamento en la forma prevenida en el artículo 1017 del Código Civil y había sido firmado por los testigos instrumentales sin presenciar este acto el testador ni el funcionario autorizante.

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 4 de octubre de 1904, revocando la sentencia anterior, no dió lugar á la demanda, teniendo presente los artículos 1014, 1015, 1016, 1017, 1018, 1698, 1700 del Código Civil, 331, 374 y 432 del Código de Procedimiento Civil y el mérito de las consideraciones que sigien:

1º Que fallecido don Eulogio Serey más de catorce años antes de la iniciación de la demanda, su testamento otorgado el 20 de enero de 1887, que corre en copia, sirvió de base á sus herederos para la liquidación y división de la herencia y fué también inscrito en el respectivo Conservador de Bienes Raíces.

2º Que, según aparece de autos, el demandante don José Luis Serey pidió la posesión efectiva de la referida herencia, se le formó hijuela en la partición, que fué aprobada por la justicia ordinaria, y con estos documentos interpuso tercería de dominio en la ejecución á que se refiere el certificado corriente.

3º Que demandada la nulidad del testamento por el citado don José Luis Serey, después de los actos de que se ha hecho mérito, sólo ha presentado para acreditar los vicios ú omisiones que le atribuye á dos de los testigos instrumentales, los que pretendiendo contradecir un instrumento suscrito por ellos mismos, no están contestes en sus declaraciones, que además son en parte contradictorias

4º Que siendo el recordado testamento un instrumento público auténtico, reconocido como tal por el mismo demandante, no puede ser invalidado sino en la forma y con la prueba que las leyes prescriben expresamente para ello; y

5º Que no es causal de nulidad el hecho de no constar expresamente en el testamento la circunstancia de haberse leído por el funcionario que lo otorgó ó por alguno de los testigos designados por el testador, cuando como en el presente caso, aparece del contexto de él que fué otorgado en un solo acto y sin omisión de las solemnidades necesarias.

Contra esta sentencia don José Luis Serey interpuso recurso de casación en el fondo por las siguientes causales que alega en su escrito de formalización:

1º Ese fallo infringe el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil por no haberse expedido conforme al mérito del proceso, pues en los considerandos se establecen tres hechos que son contrarios á lo que consta de autos y son:

a) Que los testigos presentados por el demandante, que son los mismos instrumentales del testamento, no están contestes y sus declaraciones son en parte contradictorias.

Leyendo estas declaraciones se ve que están perfectamente contestes en todo, principalmente en el hecho y en sus circunstancias esenciales, como dice el número 2º del artículo 374.

b) Que del contexto del testamento aparece que fué otorgado en un solo acto y sin omisión de las solemnidades legales necesarias.

La verdad es que nada dice el testamento sobre el particular ni de su contexto nada puede deducirse tampoco.

c) Que los testigos instrumentales pretenden en sus declaraciones contradecir un instrumento suscrito por ellos mismos.

Lo efectivo es que esas declaraciones no contradicen nada de lo dicho en el testamento, y sólo dan testimonio de una circunstancia no mencionada en él, á saber: que el testamento no se otorgó ni leyó en un solo acto, estando á un mismo tiempo presente el testador, el funcionario otorgante y los testigos.

Estas circunstancias, dice el recurrente, infringen la disposición citada y dan mérito á la casación, por cuanto no son simple apreciación de la prueba, sino la enunciación de hechos que sirven de fundamento preciso de la sentencia, que son contrarios á lo que consta de autos.

2º La sentencia infringe también el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, que en su número 2º establece que la declaración de dos testigos es prueba plena, y aquel fallo no la admite como tal;

3º Viola igualmente el artículo 432 del mismo Código, por cuanto aplica al presente caso esta disposición que exige cinco testigos para invalidar un instrumento público por falta de asistencia de las partes, del escribano ó de los testigos.

Aparece esta infracción en el considerando 4º donde se dice que siendo el testamento un instrumento público no puede ser invalidado sino en la forma y con la prueba que las leyes prescriben expresamente para ellos, y la sentencia cita al fin el recordado artículo 432.

Mientras tanto, la causal de nulidad que se ha objetado al testamento no consiste en que estuvieran ausentes el escribano, los testigos ó el testador, sino en que el testamento no se otorgó y leyó en un solo acto, estando presente al mismo tiempo todas aquellas personas.

Para evidenciar esta falta de solemnidad la ley no exige prueba especial de cinco testigos, como no la exige el artículo 344, que se refiere al caso de impugnarse la autenticidad ó de probarse la suplantación de un instrumento público.

4º Quebranta, asimismo, la sentencia los artículos 1014, 1015 y 1026 del Código Civil, por cuanto asienta la doctrina de que no es causal de nulidad el hecho de no constar expresamente en el testamento la circunstancia de haberse leído por el funcionario que lo otorgó ó por alguno de los testigos designado por el testador.

Esta doctrina es absolutamente contraria al derecho, por cuanto las solemnidades cuya omisión produce nulidad deben ser probadas y no presumidas; y la prueba es el instrumento que la ley ha ordenado formar para ello,

de modo que si en ese instrumento nada se dice acerca de aquella solemnidad, ésta no se ha probado ni ha existido y, por lo tanto, el acto es nulo.

En el presente caso, más de manifiesto ha quedado la falta de la solemnidad en las declaraciones de los testigos instrumentales, quienes afirman que ella no se cumplió.

En el escrito de fundación del recurso se desarrollan y sostienen con más amplitud estas mismas causales.

Respondiendo la parte recurrida, pide se niegue lugar al recurso en fuerza de las razones que aduce.

En efecto, según ella, las causales primera, segunda y tercera se refieren á pretendidas infracciones de la ley procesal, y, por lo mismo, no pueden servir de fundamento á un recurso de casación en el fondo.

Por otra parte, los errores ó inexactitudes que el recurrente atribuye á la sentencia y que califica de violaciones de los artículos 167, 374 y 432 del Código de Procedimiento Civil, no sólo no existen, sino que si fueran efectivos, corresponderían á la aplicación de la prueba y al establecimiento de los hechos, materias que son del exclusivo resorte de los Tribunales de la causa.

En lo que toca á las infracciones de los artículos 1014, 1015, 1017 y 1026 del Código Civil, que el recurrente imputa á la sentencia, se hacen consistir, dice el recurrido, en el hecho de no haberse expresado en el testamento la circunstancia de haberse leído; pero ninguno de esos artículos impone la obligación de que se consigue testimonio de la lectura.

Los vicios de nulidad no se presumen.

Si ellos no aparecen de manifiesto ó no se prueban, se reputan inexistentes.

El demandante no probó que el testamento no se leyera en presencia del testador y testigos, luego debe tenerse como no existente esta causal de nulidad.

Oído el dictamen requerido por el artículo 975 del Código de Procedimiento Civil;

La Corte:

Considerando:

1º Que para no admitir la nulidad del testamento de don Eulogio Serey por omisión de formalidades, la sentencia recurrida aprecia la prueba acumulada en la causa examinando el mérito de la testimonial en relación con otros antecedentes establecidos en autos, como ser las declaraciones contenidas en el mismo instrumento y la aceptación práctica que de él hizo el demandante en varios casos durante un período de más de catorce años antes de entablar su acción de nulidad;

2º Que el haber estimado la sentencia que los testigos del demandante no estaban contestes en sus dichos, expresando á la vez que estas declaraciones son en parte contradictorias, no constituye un motivo de casación, aunque se supongan errores de hecho en estas apreciaciones, ya que los tribunales de la causa se hallan investidos por la ley de facultades propias y exclusivas para la apreciación de la prueba que se rinda, y no aparece que en el ejercicio de ellas los jueces del fondo hayan infringido alguna disposición legal;

3º Que la sentencia recurrida no contiene la declaración que el recurrente le atribuye de que para invalidar un testamento se requiere la misma prueba testimonial que exige relativamente á la escritura pública el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil; por lo cual no ha llegado el caso de examinar si esa declaración importa quebrantamiento de ese artículo;

4º Que la mención de haberse cumplido, al otorgar el testamento, las formalidades dispuestas por la ley para la validez de dicho acto, es una nueva formalidad que no puede exigirse sino en los casos en que la misma ley lo requiere expresamente, como lo hace el Código Civil en los artículos 1018, respecto de la causa que impida firmar al testador, y 1019 en cuanto á la doble lectura que debe darse al testamento del ciego; y en consecuencia, el fallo recurrido no viola la ley cuando rechaza la nulidad del testamento de don Eulogio Serey derivada del hecho de no haberse mencionado en ese instrumento que todo él fué leído en alta voz por el escribano ó uno de los testigos, en la forma prescripta por el artículo 1017 del citado Código, pues ni esta disposición ni otra alguna previene que de esta lectura se deje testimonio en el instrumento.

Visto, además, lo prescripto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que no ha lugar, con costas, al presente recurso de casación en el fondo, y que se aplica al Fisco la cantidad de $ 300 consignada.

Redactada por el Ministro señor Aguirre Vargas.—*Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.—Abel Saavedra.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.—J. Alejo Fernández.*

Cas. en el fondo.—25 de julio de 1907.

Lappé con Decombe (Cª Lautaro)

Salitreras.—Hipoteca.—Juicio ejecutivo.—Remate.—Tasación pericial.—Nulidad.—Acción personal y acción real.—Cosa juzgada.—Precio de remate.

DOCTRINA:—*Aunque el tercer poseedor de la finca hipotecada no sea citado para los trámites del juicio ejecutivo entre el acreedor y el deudor personal, en que es embargada y subastada la finca hipotecada de que el tercero se desapodera forzada ó voluntariamente, le afecta tanto el procedimiento judicial como la sentencia de ese juicio ejecutivo. Con ello no se viola el derecho de propiedad puesto que el efecto natural del contrato de hipoteca consentido por el dueño, es el de la enajenación judicial de la finca.*

La intervención que el dueño de una finca hipotecada ha tenido en el juicio ejecutivo seguido contra la Sociedad de que era socio, á la cual había aportado la finca hipotecada por dicha sociedad aún en el supuesto de no haberse desprendido del dominio de ella, importa la aceptación de la hipotecación y del procedimiento ejecutivo.

No infringe por lo tanto el principio de la cosa juzgada el tribunal que para rechazar la demanda del dueño que solicita la nulidad de la subasta por no haber figurado en su carácter de tal en el juicio sino como representante del deudor personal, toma en consideración las resoluciones que en dicho juicio dispusieron la subasta y aprobaron la tasación de la finca.

No infringe el artículo 1793 del Código Civil, la sentencia que rechaza la acción de nulidad de la escritura pública de remate, fundada en no haberse fijado precio á los inmuebles subastados, si de esa misma escritura aparece que dicho precio se fijó.

Pedida, además, la nulidad de la escritura de remate por no haber sido tasadas las salitreras adjudicadas por ella, no procede esta acción, si del informe del perito nombrado para valorizar los bienes embargados aparece que estimó el valor del caliche existente en dichas pampas en la cantidad de $ 13,000.000, agregando sí las consideraciones que á su juicio hacían desmerecer ó anular su valor, hasta el punto de imponer una pérdida al que se dedicase á su elaboración con motivo del impuesto de exportación, por lo que se deben tomar sólo en ese sentido restrictivo la frases "con exclusión de la pampa misma" ó "excluídas las pampas mismas", de que se sirve en su informe, sin que pueda establecerse por esto que no fueron realmente apreciadas en lo que en concepto del perito valían y de que se omitiera la formalidad ordenada en el artículo 46 de la ley de 8 de febrero de 1837.

Si en el juicio ejecutivo fué motivo de

de modo que si en
dice acer
ha pr
acto
E
qu
c

376

... si se tomaba como ... hasta el valor nominal de ... atribuido por el perito al ... el valor indicado en el informe, rebajando el costo de elaboración y el monto del impuesto y si esta controversia fué resuelta por sentencias que declararon que el importe de la tasación de los bienes embargados ascendía á una suma dada y que en ella estaban comprendidas dichas salitreras, no infringe el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia recurrida que establece que del examen de la tasación del perito, de las resoluciones citadas y de los antecedentes de la causa aparece que esas salitreras fueron tasadas entre los bienes embargados y que esa tasación fué aprobada por la justicia (1).

Por escritura pública otorgada en Copiapó el 13 de diciembre de 1879, don Pedro Saint Marie y don Hermann Lappé formaron una sociedad colectiva, entre otros, con el objeto de elaborar salitres, aportando Lappé á esta sociedad, las salitreras "Germania" y "Unión".

Dos años más tarde, en 23 de junio de 1881, don Hermann Lappé, en su carácter de socio administrador de la sociedad de Saint Marie y Lappé se reconoció deudor de don Ernesto Decombe de la suma de $ 200.000, que dicha sociedad resultó adeudar al señor Decombe en la liquidación de un contrato de cuenta corriente y comisión celebrado entre las mismas partes en 18 de agosto de 1880, contrato por el cual la sociedad se obligaba á pagar la suma adeudada y el interés del 8% anual, con garantía hipotecaria de las pampas salitrales "Germania" y "Unión", con sus casas, máquinas y oficinas.

Poco tiempo después del contrato hipotecario aludido, en diciembre de 1881, Decombe demandó ejecutivamente á la sociedad Saint Marie y Lappé por la suma adeudada de $ 200.000 y sus intereses, trabándose embargo en los bienes hipotecados que consistían en las pampas salitrales "Germania" y "Unión" y sus maquinarias, edificios y accesorios.

La parte ejecutada se excepcionó con el

---

(1) Hemos tenido alguna dificultad en exponer la doctrina de este fallo, porque no hay congruencia entre los fundamentos del recurso y las consideraciones que para rechazarlo ha tenido en vista la mayoría del Tribunal.

En efecto la parte considerativa de ese fallo se detiene en apreciar extensamente el ejercicio de la acción de desposeimiento que no aparece como iniciada en el juicio ni se menciona en los fundamentos del recurso.

No parece tampoco que esto se deba á una omisión de exposición de los antecedentes de la causa, porque atendida la naturaleza del presente juicio y la forma y condiciones en que resulta haberse seguido la acción ejecutiva, el desposeimiento ó abandono de la finca hipotecada no guarda relación jurídica con la materia debatida.

En todo caso, creemos que la doctrina establecida por la Corte á este respecto es errónea, porque como lo dice con mucha razón el señor Fóster Recabarren en su voto especial «el abandono y desposeimiento judiciales de un predio hipotecado no se presumen legalmente ni pueden desprenderse de acto alguno extrajudicial del dueño, por más significativo é intencionado que se le suponga, ya que siendo ellos el resultado directo y necesario de la acción hipotecaria, no pueden producirse jurídicamente sino mediante el ejercicio de esa acción, y mucho menos pueden todavía desprenderse ó presumirse de la mera falta de oposición del dueño de la finca á las actuaciones de un proceso seguido contra una tercera persona y en el cual proceso no figuró ni fué llamado judicialmente á intervenir».

Las consideraciones legales en que el señor Fóster Recabarren se apoya, son á nuestro juicio la verdadera doctrina jurídica, y no es dudoso que ellas prevalecerán, no obstante aquel fallo, si el Tribunal se ve en el caso de meditar sobre ellas.

Nos parece además que la sentencia es censurable en cuanto da efecto ejecutorio á las actuaciones de un juicio ejecutivo en que se ordena el remate de una propiedad, porque es evidente que en un procedimiento ejecutivo no se reglan y resuelven los efectos civiles del remate que en él se verifica.

Dentro del juicio ejecutivo puede verificarse un remate con omisión de alguno de los requisitos sustanciales del acto considerado como contrato de

privilegio de la inembargabilidad que la ley acuerda á las minas y alcanza á las pertenencias salitrales. En este estado, la causa se mandó paralizar y se ordenó que las partes litigantes resolvieran en juicio ordinario si las pertenencias salitrales eran ó no embargables, y el Tribunal resolvió la afirmativa en 1884.

Con este motivo, siguieron los trámites de aquel juicio ejecutivo para que pudiera llevarse á efecto el remate, se ordenó tasar las pampas salitrales "Germania" y "Unión", designándose para dicha operación á don José Antonio Arís, quien la practicó en la forma de que da constancia el informe del cuaderno ejecutivo, á saber:

Valores en Taltal.....	$ 36.287,85
Valores en la Brea.....	279,05
Valores de la oficina "Germania", *con exclusión de la pampa misma*.....	64.393,64
Valores de la oficina "Unión", *con exclusión de la pampa misma*.....	54.114,24
TOTAL.....	$ 155.074,78

Tenemos, pues, agrega el perito, *excluídas las pampas mismas*, un valor para los bienes de este concurso, ascendente á la suma de $ 155.074,78.

---

venta ó enajenación forzada. Y si se aceptara que de este modo quedaban juzgados los efectos civiles del acto se habría fallado, dentro de los trámites del procedimiento ejecutivo, una cuestión que es por su naturaleza de lato conocimiento, que es extraña á la acción ejecutiva y que nace cuando ha terminado en realidad la discusión á que esta acción pueda dar lugar.

El artículo 671 del Código Civil es bien explícito al disponer que «en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial á petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se trasfiere es el tradente, y el juez su representante legal».

Los actos de este representante legal en cuanto se ajustan ó no á las leyes que reglan los contratos no pueden discutirse dentro del juicio ejecutivo sin alterar sustancialmente sus procedimientos y sin desconocer la diversa naturaleza de las acciones que se hacen valer.

Estas ideas que parecen inconcusas, han sido desconocidas en el caso en estudio por la Corte, la cual ha llegado de este modo á dar á las sentencias interlocutorias dictadas en el juicio ejecutivo una fuerza obligatoria que la ley niega á las sentencias definitivas.

Tanto más inaceptable nos parece esta doctrina de la Corte cuanto que la sentencia recurrida había rechazado la excepción de cosa juzgada opuesta por Decombe y éste se había conformado con ese fallo.

El señor Osvaldo Rodríguez dice á este respecto con mucha razón en su voto especial que «las sentencias de primera y segunda instancias, en la parte no recurrida han reconocido derecho á Lappé para ejercitar la acción que ha deducido, pidiendo la nulidad é ineficacia de la escritura de adjudicación del 7 de julio de 1887, otorgada en Copiapó ante el notario Vallejo á favor de don Ernesto Decombe; ya que desecharon las excepciones de su falta de personalidad y la de cosa juzgada, con motivo, esta última, de los autos pronunciados en los juicios anteriores; y que los efectos de estas dos declaraciones ejecutoriadas é inamovibles no deben enervarse por razón alguna que conduzca á hacer ineficaz é inútil el derecho ya reconocido de Lappé para ejercitar la acción de nulidad que ventila en este juicio».

Hay además en este fallo de la Corte Suprema un punto que nos llama la atención.

Tanto ante la Corte de Apelaciones que falló el litigio como ante la Corte Suprema la mayoría del Tribunal ha estimado que las pampas salitreras fueron tasadas, y la minoría en uno y otro caso ha hecho una afirmacion diametralmente opuesta.

Las trascripciones que las sentencias contienen de la operación pericial demuestran, sin que pueda existir duda razonable, que las pampas salitrales no se tasaron, pues el perito dice textual y expresamente que las excluye de la tasación.

La disidencia al parecer ha existido no en el *hecho* de la falta de tasación, que es innegable, sino en el *mérito* atribuído á la operación del perito.

Pues bien, á nuestro juicio la Corte Suprema ha obrado erróneamente al considerarse ligada por el *mérito* que la Corte de Apelaciones atribuye á los hechos, porque lo que la ley dice á este respecto es que aquel tribunal está ligado á la *existencia* de los hechos y no á su *mérito* ó apreciación legal.

En todo caso, es inconcuso que el precepto legal no se aplica al caso de contradecirse la Corte de Apelaciones en la apreciación ó referencia del hecho, pues si las circunstancias establecidas excluyen el carácter que se atribuye al hecho en la sentencia, la Corte Suprema tiene una autoridad incontestable para restablecer la verdad.

G. T. S.

Y añade el perito: "Si no rigiere el impuesto de $ 1,50 por el quintal métrico que se exporte, estas pampas "Germania" y "Unión" *podrían valer* la suma de $ 13,124.785,20. Pero la subsistencia del aludido impuesto, no sólo anula este valor, sino que dejaría una crecidísima pérdida á quien trabajase estas pampas".

Presentada la anterior diligencia de tasación, el juez de la causa, por auto de 13 de diciembre de 1883, ordenó ponerla en conocimiento de las partes, con prevención de que debía tenerse por aprobada, si las partes no la objetaren dentro del tercero día. Las partes nada expusieron en ese término.

Posteriormente, una de ellas, don Hermann Lappé, promovió una incidencia con el objeto de que se declarase que la base de la licitación debía ser el valor calculado por el perito tasador á las pampas "Germania" y "Unión". Por auto de 31 de marzo de 1884, confirmado el 26 de agosto de 1885, se declaró que las predichas pampas habían sido incluídas en la tasación y el remate posterior empezó con posturas sobre los dos tercios asignados á los demás bienes embargados, ó sea, por los dos tercios de $ 155.074,78, valor de la maquinaria, edificio y útiles de salitre, más un pequeño sitio urbano ubicado en Taltal y otro sitio en el lugar denominado la Brea.

No es necesario relacionar las particularidades de un juicio de reivindicación que posteriormente se siguió entre la Compañía Saint Marie y Lappé en contra la Compañía Lautaro, sucesora de Decombe, sobre las dichas pampas salitrales, porque, opuestas en el juicio actual por la sucesión Decombe, la excepción de cosa juzgada, fundada en aquel juicio, que terminó por sentencia de 26 de octubre de 1893, confirmada por resolución de 26 de junio de 1895, la Corte sentenciadora ha rechazado la referida excepción, y en esta parte la sentencia ha quedado inamovible, porque la parte vencida en ella no ha reclamado de ese fallo judicial.

Sobre la cuestión pendiente se libró, por el juez letrado de Taltal, la sentencia de 26 de diciembre de 1904, que en su parte final dice así:

Considerando:

1º Que don Germán Lappé al entablar la presente demanda, no lo ha hecho en representación de la sociedad concursada de Saint Marie y Lappé, sino á su propio nombre y como dueño de las pampas "Germania" y "Unión" 'que fueron embargadas á la sociedad y, por consiguiente, el señor Lappé tiene personería para este juicio;

2º Que la acción deducida en la demanda se funda en que las propiedades salitreras "Germania" y "Unión", embargadas á la sociedad concursada de Saint Marie y Lappé, en el juicio ejecutivo por cobro de pesos, seguido por don Ernesto Decombe, fueron adjudicadas sin que se hubiese previamente procedido en el remate verificado, á la tasación de ellas y fijádose dos tercios de su tasación;

3º Que según consta de las piezas compulsadas por resoluciones de primera y segunda instancia se declaró que las propiedades embargadas "Germania" y "Unión", estaban incluídas en la tasación practicada por el perito don José Antonio Aris, ascendente á la suma de $ 155.074,78;

4º Que como consta del acta de remate inserta en la escritura, se adjudicó á don Ernesto Decombe por los dos tercios de dicha tasación las salitreras "Germania" y "Unión"; y

5º Que según las sentencias compulsadas, el juicio seguido entre don Germán Lappé y la Compañía Lautaro sobre reivindicación, es diverso al presente, por cuanto las acciones ventiladas entre uno y otro, son también diversas.

Con arreglo á estas consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 1698 del Código Civil y 200 del de Procedimiento Civil, se declara: 1º que don Germán Lappé ha tenido personería para demandar; 2º que no ha lugar á la demanda y 3º que no hay cosa juzgada.—*Víctor Fabio Zañartu.*

Apelada esta sentencia por ambos contendores y por el representante de The Lautaro Nitrate Company, que había intervenido en el juicio como parte interesada, en virtud de haber adquirido los derechos de la sucesión demandada sobre las propiedades á que el litigio se refiere, la Iltma. Corte de Apelaciones de la Serena expidió el siguiente fallo:

La Serena, 15 de junio de 1906.—Vistos: Excluyendo los considerandos 2º y 4º del fallo apelado de primera instancia y teniendo además presente.

En cuanto á la demanda:

1º Que, según lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, las sentencias deben pronunciarse conforme al mérito del proceso;

2º Que en la demanda pide el demandante que se declare nula la escritura pública de adjudicación de las salitreras "Germania" y "Unión", otorgadas en Copiapó ante el notario don Agapito Vallejo, el 7 de julio de 1887;

3º Que la nulidad de aquella escritura de adjudicación, se funda en que el remate de dichas pampas salitrales adolece de nulidad absoluta, con arreglo á lo prescripto en el artículo 1682 del Código Civil, por haberse omitido los dos requisitos ó formalidades establecidas para la subasta de los bienes embargados, por los artículos 46 y 49 de la ley de juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837, á saber que sean tasados por peritos y que no se admitan postores por menos de las dos terceras partes del valor de su tasación, el perito "no tasó" las pampas "Germania" y "Unión" por haberlas excluído de la tasación que practicó de los edificios y demás casas radicadas en ellas, siendo por tal motivo ilegal el remate judicial de dichas pampas é ilegal también la admisión de postores que no pudieron ofrecer las dos terceras partes del valor de una tasación que nunca existió; y, en consecuencia, las referidas omisiones de los requisitos para la validez del remate verificado, traen forzosamente la nulidad absoluta de la respectiva escritura de adjudicación;

4º Que sosteniendo el demandante que los hechos expuestos en el considerando precedente son vicios que invalidan el remate, tales hechos no han sido suficientemente probados y por el contrario, de los cuadernos del juicio ejecutivo, traídos al acuerdo consta lo siguiente:

Que por escritura pública de 23 de julio de 1881, el socio don Hermann Lappé, en representación de la Sociedad de Saint Marie y Lappé, hipotecó á don Ernesto Decombe, entre otros bienes, las salitreras "Germania" con sus máquinas, pozos, casa y demás oficinas y 17 pertenencias salitreras y "Unión" también con sus máquinas, casa, pozos y demás oficinas y trece pertenencias calicheras; y que no habiendo solventado la sociedad deudora la suma de $ 350.000 que le cobraba Decombe, se trabó embargo en todos los bienes hipotecados; que seguido el juicio ejecutivo por sus trámites legales, el ingeniero don José Antonio Arís, nombrado tasador de los bienes embargados, practicó la tasación que se registra en el cuaderno respectivo, legajo número 35. Refiriéndose á las salitreras "Germania" y "Unión" comprendidas entre los bienes tasados y después de exponer los fundamentos de su opinión, dice testualmente el perito, sobre la pampa Germania: "Y lo que daría á la pampa un valor de $ 6,930.000,41. Pero si tomamos en consideración el impuesto fiscal sobre el salitre que se exporta ascedente á un $ 1,60 por quintal métrico, en vez de una ganancia de 696 milésimos de peso por quintal métrico, tendremos una pérdida de 904 milésimos de peso por quintal métrico. Y la explotación de esta pampa ocasionaria al industrial una pérdida de $ 9,001.961,39 No nos atrevemos á emitir un juicio ante esta disyuntiva, y antes mejor lo dejamos á un criterio más ilustrado y previsor". Sobre la pampa "Unión", sin el impuesto de $ 1,60 por quintal métrico de nitrato que se exporte, $ 6,194.070,79. Con el impuesto desaparece su valor. Y todavía es el resumen general de los valores tasados, excluídas las pampas mismas, agrega el informe pericial. "Si no rigiera el impuesto de $ 1,60 por quintal métrico del nitrato que se exporte, y si todavía no hemos andado muy desacertados en suponer que las manchas calicheras ocupan la quinta parte de la extensión superficial de dichas pampas, y en las condiciones de potencia de grosor y de ley que las hemos determinado en tesis general, estas pampas "Germania" y "Union", unidas podrían valer la suma $13,123.785,20. Pero la subsistencia del aludido impuesto no sólo anula este valor, sino que dejaría una crecidísima pérdida á quien trabajase estas pampas" Que puesta en conocimiento de las partes la tasa-

ción practicada, don Hermann Lappé promovió entonces diversos incidentes á su respecto, solicitando que se aprobara la tasación tomándose en consideración el valor de $ 13,124.785,20 calculado por el perito á las pertenencias salitreras "Germania" y "Union", que ese mismo valor de tasación de $ 13 millones debía servir de base para la licitación de ellas y que en vista de su respectiva tasación, se le entregara la "Germania" siguiendo la ejecución sobre la "Unión", valorizada en $ 6 millones. Estas incidencias fueron resueltas por el auto de 31 de marzo de 1884, que sin modificación fué confirmado por este Tribunal el 27 de marzo de 1885.

Que en el citado auto se declaró testualmente "que el importe de la tasación de los bienes embargados asciende á la cantidad de $ 155.074,78 que es el precio que les fija el perito, pues la suma de $ 13,124.785,20, que señala como precio de la cantidad de salitre que contiene las pampas embargadas, está calculado, sin tomar en consideración los gastos totales de explotación como se desprende del mismo informe en la parte que el perito dice que dada la circunstancia actual del monto del impuesto fiscal, la explotación de esa cantidad de salitre no dejaría ganancia al industrial, sino que por el contrario una pérdida no inferior á $ 6,000.000, por lo que el perito agrega se ha abstenido de señalar precio alguno á dichas salitreras que á su juicio no lo tienen"

Que impuesto de ese fallo y por vía de aclaraciones, pidió Lappé que se alzara el embargo de las salitreras "Germania" y "Unión" por cuanto nada valían según el fallo aludido, subsistiendo el embargo respecto de los demás bienes tasados; pero esta solicitud fué también desechada por auto de 22 de abril de 1883, el cual quedó ejecutoriado á virtud de la providencia.

Que por resolución de primera instancia de 26 de agosto de 1885, confirmada por la de 19 de julio de 1886, se negó lugar á la petición formulada por Lappé en su libelo para que se procediera de nuevo á la tasación de las salitreras "Unión" y "Germania".

5º Que los antecedentes expuestos y las resoluciones ejecutoriadas citadas en el anterior considerando prueban de un modo incontrovertible: que las salitreras "Germania" y "Unión" fueron tasadas por el perito Arís, quien apreció también las circunstancias que hacían desmerecer la valuación efectuada para fijar su valor actual á la fecha de la tasación, á fin de que los interesados pudieran hacer posturas con conocimiento exacto de la importancia de la cosa vendida; que fué aprobada la tasación practicada, y que en la de los demás bienes embargados fueron incluídas dichas pampas salitreras;

6º Que al declararse aquella inclusión, es indudable que hubo de considerarse que en la tasación de las casas, máquinas y demás cosas ubicadas en las pampas expresadas, le fué forzoso al perito atender tanto á su adherencia á las pampas como al objeto á que estaban destinadas: el beneficio de los caliches contenidos en ellas;

7º Que habiéndose hipotecado á favor de don Ernesto Decombe las salitreras "Germania" y "Unión" con sus respectivas calicheras es incuestionable que en la hipoteca quedaron comprendidos no sólo esos inmuebles, ó sea la extensión de terreno correspondiente á las referidas pertenencias hipotecadas, sino también los caliches no explotados y existentes en dichas pertenencias á la fecha de la tasación y además todos los bienes señalados en el artículo 570 del Código Civil, conforme á lo dispuesto en los artículos 2420 y 2423 del mismo Código;

8º Que constando del proceso que el perito Arís tasó, tanto los bienes indicados en el artículo 570, como los caliches no explotados de las salitreras "Germania" y "Unión", es igualmente incuestionable que el demandante no puede legalmente afirmar en el caso de autos, que las mencionadas pertenencias no fueron tasadas, porque para ello sería preciso que en la tasación se hubiera limitado el perito á valorar únicamente dichos bienes considerándolos separados del suelo, hecho que no consta de autos;

9º Que no teniendo los caliches valor comerciable á la fecha de la tasación, esta circunstancia fué la que tuvo el perito en consideración para establecer como valor actual de dichas salitreras sólo la cantidad de

$ 118.507,88 y meramente nominal la suma de $ 13,124.785,20, ya que dicho valor actual era indispensable determinarlo para los efectos del remate, sin que ello signifique en modo alguno que esos caliches no fueron tasados desde que siendo parte del suelo mismo quedan virtualmente comprendidos en los bienes á que se refiere el citado artículo 2420;

10 Que en todo caso, son los subastadores y no la tasación pericial los que vienen á fijar el justiprecio de los bienes que se rematan;

11. Que de la misma escritura de adjudicación cuya nulidad se pide, consta que se llevó á debido efecto el remate por lotes separados y con asistencia de varios licitadores, que las ofertas de las salitreras "Germania" y "Unión" comenzaron por los dos tercios del valor de su tasación y que las remató el acreedor don Ernesto Decombe por un precio mucho mayor que el de los dos tercios, quedando hecha irrevocablemente la venta en su favor, como lo preceptuaba el artículo 48 de la ley de procedimiento ejecutivo entonces vigente;

12. Que la declaración de nulidad solicitada en la demanda es inaceptable en el caso de autos, por cuanto obsta á dicha declaración lo resuelto en las sentencias de que se hace mérito en el considerando 4º, las cuales tienen fuerza ejecutoria sobre los autos y providencias librados en el juicio ejecutivo;

13. Que tales sentencias, además de estar reforzadas por las compulsadas pronunciadas en el juicio que siguió don Hermann Lappé con la Compañía Limitada de Nitratos Lautaro sobre reivindicación de las mismas salitreras, no pueden ser ya anuladas en sus efectos legales, porque el demandante no dedujo contra ellas, en tiempo oportuno, los recursos legales que hubiera podido hacer valer al respecto;

14. Que importando la demanda una acción ordinaria de nulidad y fundándola el demandante en la infracción de las reglas de derecho procesal contenidas en los artículos 46 y 49 de la ley de 8 de febrero de 1837, es inconcuso que tal acción es improcedente en el caso en cuestión porque los vicios relacionados en la demanda no están comprendidos en ninguno de los casos de que tratan las leyes 13, título 22, 1º título 26 part. 3 y 33 título 14 part. 5, ni podrían invocarse las leyes del título 18 Libro 11 de la Novísima Recopilación por cuanto este caso tampoco se encuentra comprendido entre los contemplados en ellas;

15. Que tratándose de una acción ordinaria de nulidad y pidiendo el demandante que se acoja ó se dé lugar á la demanda con arreglo á lo preceptuado por el artículo 1682 del Código Civil, tal disposición legal es inaplicable en el caso de autos, tanto en virtud de lo expuesto en el considerando que precede, cuanto porque en la demanda no se trata de la infracción de una ley sustantiva, sino simplemente de la infracción de una ley de procedimiento civil;

En cuanto á la excepción de cosa juzgada:

Que de las sentencias de que hace mérito el considerando 5º que son las compulsadas, aparece que tampoco concurren en el juicio actual la identidad legal de personas, por cuanto en el juicio de reivindicación litigaron don Hermann Lappé con la Compañía Limitada de Nitratos Lautaro, compradora de las salitreras "Germania" y "Unión" á don Ernesto Decombe; y en el presente litigan dicho don Hermann Lappé con la sucesión Decombe, de manera que la sentencia pronunciada á favor del causa-habiente ó comprador no puede retrotraerse en sus efectos ni constituye tampoco cosa juzgada respecto del causante ó vendedor.

Y con arreglo á los preceptos legales citados se confirma, en la parte apelada, la sentencia de 26 de diciembre de 1904.

Acordada por unanimidad en la parte relativa á la excepción de cosa juzgada, y contra el voto del señor Ministro Navarro Ocampo en lo tocante á la demanda; en cuyo punto el citado señor Ministro revoca la sentencia aludida y da lugar á la demanda, fundando su voto en el libro respectivo.

Redacción del señor Presidente Abalos.—*Max. E. Abalos.—Eduardo Gómez Herrero.—Daniel Cádiz.—D. Navarro Ocampo.*

EL VOTO ESPECIAL DEL SEÑOR MINISTRO NAVARRO ES DEL TENOR SIGUIENTE

En el juicio seguido entre don Hermann Lap-

pé y don Ernesto Decombe, sobre nulidad de una escritura de adjudicación de bienes embargados, la mayoría del Tribunal ha confirmado la sentencia de primera instancia, declarando sin lugar aquella demanda; y pronunciándose sobre la excepción de cosa juzgada, alegada por el demandado, por unanimidad de votos la ha desechado, confirmando también en esta parte la sentencia apelada.

El que suscribe disiente en el primer punto de la opinión de la mayoría y opina, por su parte, que debe darse lugar á la demanda, declarando nulo el contrato de venta ó adjudicación de 7 de julio de 1887.

El voto unánime del Tribunal que rechaza la excepción de cosa juzgada con que se pretende enervar la demanda formulada por Lappé simplifica la tarea del voto disidente, que queda reducido al estudio y fallo del primer punto, y para cuyo lógico desarrollo es necesario exponer breves antecedentes.

Consta de la escritura pública de 13 de diciembre de 1879 que don Pedro Saint Marie y don Hermann Lappé formaron, en Copiapó, una sociedad colectiva con el objeto, entre otros, de elaborar salitre, aportando Lappé á esta sociedad las salitreras "Germania" y "Unión".

Dos años más tarde, y en 23 de julio de 1881 don Hermann Lappé, como socio administrador de la Sociedad Saint Marie y Lappé se reconoció deudor de don Ernesto Decombe de la suma de $ 200.000, que dicha Sociedad resultó adeudar al señor Decombe en la liquidación de un contrato de cuenta corriente y comisión celebrado entre las mismas partes en 18 de agosto de 1880, contrato por el cual la Sociedad se obligaba á pagar la suma adeudada y el interés del 8% anual, hipotecándose en garantía las pampas salitrales "Germania" y "Unión", con sus casas, máquinas y oficinas.

El hecho de la hipoteca de esas pampas salitrales, por suma cuantiosa, establece un antecedente muy digno de consignarse, ya que él importa el reconocimiento hecho por parte de los contratantes del valor real, positivo y considerable que se asignaba á los bienes que constituían la garantía, pues es bien sabido que el acreedor exige siempre en tales contratos una garantía que excede en el doble y á las veces en el cuádruplo á la suma prestada.

Figuraban, pues, las pampas salitrales como el primer factor de la garantía hipotecaria, como lo eran también del giro comercial de la sociedad deudora que las explotaba; y fué la voluntad de los contratantes, claramente manifestada en aquel acto, asignar á aquellos campos salitrales una suma alzada suficiente para cubrir sobradamente, y en todo evento, la cantidad prestada y sus intereses.

Poco tiempo después del contrato hipotecario aludido, y en diciembre de 1881, Decombe demandó ejecutivamente á la Sociedad Saint Marie y Lappé por la suma adeudada de $ 200.000 y sus intereses, trabándose embargo en los bienes hipotecados y por ende en las pampas salitrales "Germania" y "Unión".

Y aquí cabe recordar un antecedente que, con el respeto debido á los dignos magistrados que lo motivaron, debemos calificar de error legal, cual es la declaración que se hiciera en ese juicio, respecto á la embargabilidad de las pampas salitrales declarada por el Tribunal en 1884, cuestión que hoy no se presta á duda en los debates jurídicos, resuelto como está que esas pampas son minas que gozan del privilegio de tales; y que como éstas, sólo pueden darse en prenda pretoria, mas no embargarse ni enajenarse forzadamente.

Pero, sea de ello lo que fuere, es el hecho que las pampas salitrales "Germania" y "Unión" fueron embargadas; y resuelto en el curso del juicio ejecutivo el remate de esos bienes, se ordenó tasarlos, designándose para dicha operación á don José Antonio Arís, quien la practicó en la forma de que da constancia el informe del cuaderno ejecutivo, á saber:

Valores en Taltal.....	$	36.287,85
,, en la Brea.....		279,05
,, de la oficina "Germania" con exclusión de la pampa misma.....		64.392,64

Valores de la oficina "Unión" con exclusión de la pampa misma.....	54.114,24
TOTAL.....	$ 155 074,78

Tenemos, pues, agrega el perito, excluídas las pampas mismas, un valor para los bienes de este concurso ascendente á la suma de $ 155.074,78....."

Y añade el perito: "Si no rigiera el impuesto de $ 1,60 el quintal métrico que se exporte... estas pampas "Germania" y "Unión" podrían valer la suma de $ 13,124.785,20; pero la subsistencia del aludido impuesto no sólo anula este valor, sino que dejaría una crecidísima pérdida á quien trabajase estas pampas."

Se desprende de ese informe, con clarísima evidencia, que el perito no tasó las pampas "Germania" y "Unión", que las excluyó expresamente de su operación pericial.

¿Era acaso porque esas pampas no valían en sí? Nó, porque el mismo perito añade que sin el impuesto ellas valdrían muchos millones de pesos, y el impuesto pudo ser ley ó decreto pasajero, pudo revocarse ó suspenderse al mes ó al día siguiente del informe; y aún más el precio del salitre, sujeto á las leyes económicas de la oferta y del pedido, pudo modificar y en efecto modificó más tarde esos cálculos.

Muchos negocios, muchas industrias en las cuales sus dueños invierten fuertes capitales, atraviesan á las veces por crisis más ó menos agudas; su explotación significa pérdidas para sus dueños que esperan resarcirse de ellas en el futuro. ¿Se dirá por eso que tasados esos establecimientos industriales en esas épocas de crisis, no tienen valor alguno, que tienen un valor negativo proporcional á la suma de pérdida que acarrean á sus dueños? De ningún modo.

Se objetará, no obstante, que las resoluciones judiciales declararon en el juicio respectivo que las pampas salitrales estaban incluídas en la tasación; pero, aparte de que la excepción de cosa juzgada ha sido rechazada por el voto unánime del Tribunal, cabe observar que, contra un hecho evidente, no pueden invocarse resoluciones judiciales. Ello importaría, á lo más, en mi concepto, un error de hecho, y precisamente de eso se trata hoy, de rectificar ese error, de reparar, por los medios legales, los efectos de él.

De estos antecedentes se desprenden con evidencia y claridad las siguientes conclusiones: que las pampas salitrales no fueron tasadas por el perito señor Arís, que las posturas del remate ó enajenación de ellas no empezaron por los dos tercios de su tasación, ni llegaron á su máximum; y, en consecuencia, que en la venta forzada de ellas no hubo precio.

Con el mérito de estos antecedentes y teniendo en consideración:

1º Que el contrato testimoniado del juicio sobre reivindicación, materia de la demanda, es una compra-venta de un bien raíz hecha por ministerio de la ley que la llama venta forzada por la que el Juez, representante legal del vendedor ó tradente, se obliga á entregar al comprador ó subastador los bienes enajenados;

2º Que son de la esencia del contrato de compra-venta dos elementos constitutivos propios de su naturaleza especial: cosa vendida y precio, y dicho contrato se reputa perfecto desde que las partes han convenido en dichas cosas y precios;

3º Que el precio de la venta debe ser determinado por los contratantes y la ley indica la forma ó medios de hacer esa determinación sin que hayan sido exceptuadas de esas formalidades las ventas forzadas que se verifican por ministerio de la justicia;

4º Que para estas ventas la ley ha señalado el medio de fijar el precio de la cosa subastada, disponiendo que debe hacerse tasación de ellas por peritos que nombren las partes ó el juez de oficio, en rebeldía del que no lo hiciere; agregando que el mínimum para las posturas del remate sean los dos tercios de la tasación, y que la adjudicación debe hacerse á quien haga la postura más alta sobre ese mínimum;

5º Que, según se ha expresado en la parte expositiva de este voto, las pampas salitrales "Germania y Unión", excluídas de su tasación por el perito Arís, no fueron tasadas, no se fijó mínimum para la venta forzada de ellas, ni se empezó la subasta por los dos ter-

controversia el saber si se tomaba como base para la subasta el valor nominal de $ 13,000.000, atribuído por el perito al caliche ó el valor indicado en el informe, rebajando el costo de elaboración y el monto del impuesto y si esta controversia fué resuelta por sentencias que declararon que el importe de la tasación de los bienes embargados ascendía á una suma dada y que en ella estaban comprendidas dichas salitreras, no infringe el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia recurrida que establece que del examen de la tasación del perito, de las resoluciones citadas y de los antecedentes de la causa aparece que esas salitreras fueron tasadas entre los bienes embargados y que esa tasación fué aprobada por la justicia (*1*).

Por escritura pública otorgada en Copiapó el 13 de diciembre de 1879, don Pedro Saint Marie y don Hermann Lappé formaron una sociedad colectiva, entre otros, con el objeto de elaborar salitres, aportando Lappé á esta sociedad, las salitreras "Germania" y "Unión".

Dos años más tarde, en 23 de junio de 1881, don Hermann Lappé, en su carácter de socio administrador de la sociedad de Saint Marie y Lappé se reconoció deudor de don Ernesto Decombe de la suma de $ 200.000, que dicha sociedad resultó adeudar al señor Decombe en la liquidación de un contrato de cuenta corriente y comisión celebrado entre las mismas partes en 18 de agosto de 1880, contrato por el cual la sociedad se obligaba á pagar la suma adeudada y el interés del 8% anual, con garantía hipotecaria de las pampas salitrales "Germania" y "Unión", con sus casas, máquinas y oficinas.

Poco tiempo después del contrato hipotecario aludido, en diciembre de 1881, Decombe demandó ejecutivamente á la sociedad Saint Marie y Lappé por la suma adeudada de $ 200.000 y sus intereses, trabándose embargo en los bienes hipotecados que consistían en las pampas salitrales "Germania" y "Unión" y sus maquinarias, edificios y accesorios.

La parte ejecutada se excepcionó con el

---

(1) Hemos tenido alguna dificultad en exponer la doctrina de este fallo, porque no hay congruencia entre los fundamentos del recurso y las consideraciones que para rechazarlo ha tenido en vista la mayoría del Tribunal.

En efecto la parte considerativa de ese fallo se detiene en apreciar extensamente el ejercicio de la acción de desposeimiento que no aparece como iniciada en el juicio ni se menciona en los fundamentos del recurso.

No parece tampoco que esto se deba á una omisión de exposición de los antecedentes de la causa, porque atendida la naturaleza del presente juicio y la forma y condiciones en que resulta haberse seguido la acción ejecutiva, el desposeimiento ó abandono de la finca hipotecada no guarda relación jurídica con la materia debatida.

En todo caso, creemos que la doctrina establecida por la Corte á este respecto es errónea, porque como lo dice con mucha razón el señor Fóster Recabarren en su voto especial «el abandono y desposeimiento judiciales de un prédio hipotecado no se presumen legalmente ni pueden desprenderse de acto alguno extrajudicial del dueño, por más significativo é intencionado que se le suponga, ya que siendo ellos el resultado directo y necesario de la acción hipotecaria, no pueden producirse jurídicamente sino mediante el ejercicio de esa acción, y mucho menos pueden todavía desprenderse ó presumirse de la mera falta de oposición del dueño de la finca á las actuaciones de un proceso seguido contra una tercera persona y en el cual proceso no figuró ni fué llamado judicialmente á intervenir.

Las consideraciones legales en que el señor Foster Recabarren se apoya, son á nuestro juicio la verdadera doctrina jurídica, y no es dudoso que ellas prevalecerán, no obstante aquel fallo, si el Tribunal se ve en el caso de meditar sobre ellas.

Nos parece además que la sentencia es censurable en cuanto da efecto ejecutorio á las actuaciones de un juicio ejecutivo en que se ordena el remate de una propiedad, porque es evidente que en un procedimiento ejecutivo no se reglan y resuelven los efectos civiles del remate que en él se verifica.

Dentro del juicio ejecutivo puede verificarse un remate con omisión de alguno de los requisitos sustanciales del acto considerado como contrato de

privilegio de la inembargabilidad que la ley acuerda á las minas y alcanza á las pertenencias salitrales. En este estado, la causa se mandó paralizar y se ordenó que las partes litigantes resolvieran en juicio ordinario si las pertenencias salitrales eran ó no embargables, y el Tribunal resolvió la afirmativa en 1884.

Con este motivo, siguieron los trámites de aquel juicio ejecutivo para que pudiera llevarse á efecto el remate, se ordenó tasar las pampas salitrales "Germania" y "Unión", designándose para dicha operación á don José Antonio Arís, quien la practicó en la forma de que da constancia el informe del cuaderno ejecutivo, á saber:

Valores en Taltal	$	36.287,85
Valores en la Brea		279,05
Valores de la oficina "Germania", *con exclusión de la pampa misma*		64.393,64
Valores de la oficina "Unión", *con exclusión de la pampa misma*		54.114,24
TOTAL	$	155.074,78

Tenemos, pues, agrega el perito, *excluídas las pampas mismas*, un valor para los bienes de este concurso, ascendente á la suma de $ 155.074,78.

---

venta ó enajenación forzada. Y si se aceptara que de este modo quedaban juzgados los efectos civiles del acto se habría fallado, dentro de los trámites del procedimiento ejecutivo, una cuestión que es por su naturaleza de lato conocimiento, que es extraña á la acción ejecutiva y que nace cuando ha terminado en realidad la discusión á que esta acción pueda dar lugar.

El artículo 671 del Código Civil es bien explícito al disponer que «en las ventas forzadas que se hacen por decreto judicial á petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se trasfiere es el tradente, y el juez su representante legal».

Los actos de este representante legal en cuanto se ajustan ó no á las leyes que reglan los contratos no pueden discutirse dentro del juicio ejecutivo sin alterar sustancialmente sus procedimientos y sin desconocer la diversa naturaleza de las acciones que se hacen valer.

Estas ideas que parecen inconcusas, han sido desconocidas en el caso en estudio por la Corte, la cual ha llegado de este modo á dar á las sentencias interlocutorias dictadas en el juicio ejecutivo una fuerza obligatoria que la ley niega á las sentencias definitivas.

Tanto más inaceptable nos parece esta doctrina de la Corte cuanto que la sentencia recurrida había rechazado la excepción de cosa juzgada opuesta por Decombe y éste se había conformado con ese fallo.

El señor Osvaldo Rodríguez dice á este respecto con mucha razón en su voto especial que «las sentencias de primera y segunda instancias, en la parte no recurrida han reconocido derecho á Lappé para ejercitar la acción que ha deducido, pidiendo la nulidad é ineficacia de la escritura de adjudicación del 7 de julio de 1887, otorgada en Copiapó ante el notario Vallejo á favor de don Ernesto Decombe; ya que desecharon las excepciones de su falta de personalidad y la de cosa juzgada, con motivo, esta última, de los autos pronunciados en los juicios anteriores; y que los efectos de estas dos declaraciones ejecutoriadas é inamovibles no deben enervarse por razón alguna que conduzca á hacer ineficaz é inútil el derecho ya reconocido de Lappé para ejercitar la acción de nulidad que ventila en este juicio».

Hay además en este fallo de la Corte Suprema un punto que nos llama la atención.

Tanto ante la Corte de Apelaciones que falló el litigio como ante la Corte Suprema la mayoría del Tribunal ha estimado que las pampas salitreras fueron tasadas, y la minoría en uno y otro caso ha hecho una afirmacion diametralmente opuesta.

Las trascripciones que las sentencias contienen de la operación pericial demuestran, sin que pueda existir duda razonable, que las pampas salitrales no se tasaron, pues el perito dice textual y expresamente que las excluye de la tasación.

La disidencia al parecer ha existido no en el *hecho* de la falta de tasación, que es innegable, sino en el *mérito* atribuído á la operación del perito.

Pues bien, á nuestro juicio la Corte Suprema ha obrado erróneamente al considerarse ligada por el *mérito* que la Corte de Apelaciones atribuye á los hechos, porque lo que la ley dice á este respecto es que aquel tribunal está ligado á la *existencia* de los hechos y no á su *mérito* ó apreciación legal.

En todo caso, es inconcuso que el precepto legal no se aplica al caso de contradecirse la Corte de Apelaciones en la apreciación ó referencia del hecho, pues si las circunstancias establecidas excluyen el carácter que se atribuye al hecho en la sentencia, la Corte Suprema tiene una autoridad incontestable para restablecer la verdad.

G. T. S.

dida como requisito esencial para su existencia y no habiendo atribuído el perito tasador un precio positivo á las pampas salitreras "Unión" y "Germania", ni teniendo el Juez de la causa atribuciones para declararlas sin precio, no ha podido existir ese requisito en el acto de que se trata;

Que la sentencia reclamada infringe también la disposición del artículo 1683 del Código Civil, porque la formalidad de la tasación pericial en el juicio ejecutivo fué establecida en consideración á la naturaleza del acto de venta forzada y su omisión da mérito para declarar de oficio la nulidad cuando aparezca de manifiesto en el acto ó contrato;

Que aplicando al presente juicio los efectos legales que pudieran producir en el juicio ejecutivo las resoluciones judiciales de 31 de marzo de 1884 y de 26 de agosto de 1885, la sentencia ha infringido el principio de derecho establecido en el inciso 2º del artículo 3º del Código Civil, según el cual, las resoluciones judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

Por último, afirman los recurrentes que la sentencia de término ha infringido las prescripciones del artículo final del Código de Procedimiento Civil y del artículo 24 de la ley de 7 de octubre de 1861, porque se funda en que los vicios relacionados en la demanda no están comprendidos en ninguno de los casos de que tratan las leyes 13 título 22, 1º título 26 Partida 3ª y 33 título 14 Partida 5ª ni en las leyes del título 18 Libro 11 de la Novísima Recopilación, disposiciones todas derogadas total y absolutamente por el citado artículo final y conforme á la regla del artículo 24 de la ley de 7 de octubre de 1861.

El desconocimiento ú olvido de las disposiciones legales precedentemente citadas, agregan los firmantes del recurso, ha influído sin duda alguna sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia de 15 de junio último, y los coloca en la necesidad de hacer uso, del derecho que acuerda el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil.

En el escrito de fundación del recurso los recurrentes se dedican á demostrar que los estacamentos salitreros "Germania" y "Unión" no fueron tasados legalmente y que, en consecuencia, faltó en su adjudicación el requisito del precio.

El procurador del número don Amadeo Gundelach, por la sucesión de don Ernesto Decombe y por The Lautaro Nitrate Company Limited, pide á V. E. que, en primer término, se sirva declarar improcedente el recurso interpuesto, y en subsidio declararlo sin lugar.

Fundando estas peticiones, relaciona primeramente los antecedentes del actual litigio, enumerando los diversos juicios promovidos por don Hermann Lappé para recuperar el dominio de las pampas salitreras "Germania" y "Unión", embargadas, tasadas y rematadas en la ejecución seguida en su contra por don Ernesto Decombe.

Analiza, en seguida, la situación creada por esos fallos y sostiene que el presente recurso de casación en el fondo entraña un verdadero recurso de revisión de las resoluciones judiciales pronunciadas en el mencionado juicio ejecutivo.

Verdadero recurso de revisión de esas sentencias, dice, fué la demanda de reivindicación que interpuso contra la Compañía Lautaro y en que fué vencido.

Propiamente revisión del fallo de ese juicio ejecutivo fué la demanda de nulidad por vía de restitución que Lappé dejó paralizada para interponer la demanda inicial de ese proceso, que envuelve todavía un recurso de revisión de los mismos fallos.

El actual recurso es, á su juicio, improcedente:

1º Porque, como lo preceptúa el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil, "El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de la ley, simpre que esta infracción haya influído sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia."

"La sentencia de alzada de 15 de junio último, aquí recurrida, no ha pronunciado un juicio distinto del que pronunció la sentencia de primera instancia. Invitada la Ilma. Corte de la Serena á rever este fallo, en grado de apelación, no le hizo enmienda ninguna, sino que, encontrándolo arreglado á derecho lo confirmó. ¿Donde está, entonces, el juicio

emitido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de la Serena contrario á una ley expresa?"

El recurso de apelación de una sentencia de primera instancia para ante la Corte de Apelaciones es, en rigor, un recurso de casación en el fondo de aquella sentencia. Si el tribunal de alzada la confirma, queda firme é inatacable como arreglada á derecho. Si la Corte de Apelaciones revoca la sentencia de primera instancia, pronuncia entonces una sentencia diversa, un fallo propio expuesto, á su vez, á ser llevado en casación por infracción de una ley expresa,

2º Porque el presente recurso de casación en el fondo, teniendo por objetivo que se declare la invalidez de la sentencia confirmatoria de alzada, persigue una declaración de V. E. en el sentido de pronunciarse sobre las acciones deducidas en la demanda, como lo demuestra la parte petitoria del escrito en traslado, y

3º Porque el fundamento capital del recurso consiste en afirmar que la Ilma. Corte de Apelaciones de la Serena, en la sentencia de 15 de junio último, contravino á lo dispuesto en el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto dicha sentencia no fué pronunciada conforme al mérito de autos, no sólo desnaturalizando el acto jurídico sometido á su decisión, sino también aplicando el nombre de tasación á diligencias que en realidad no lo tienen.

Agrega que la sentencia recurrida no contiene decisión alguna sobre ningún acto jurídico. Lo que el recurrente llama decisión de la Ilma. Corte, son, como el mismo lo expresa, los conceptos emitidos en los considerandos 3º de la sentencia de primera instancia y 4º, 5º, 6º, 8º y 9º de la de segunda instancia, y como se sabe, es punto varias veces resuelto en casación por V. E. misma que la ley no acuerda recurso de casación en el fondo contra los considerandos de una sentencia.

Pero aún suponiendo que la sentencia recurrida contuviera una decisión expresa y que ella no hubiera sido conforme al mérito de autos, tal vicio ó defecto no sería causal de casación en el fondo, puesto que el Código de Procedimiento no acuerda estos recursos por infracción de reglas procesales, sino por decisión ó fallo pronunciado contra leyes sustantivas.

Sostiene, por fin, el representante de la Compañía y sucesión demandadas que no debe darse lugar al recurso de que se hace mérito, porque la tasación ó remate de las pampas salitreras "Germania" y "Unión" son hechos juzgados y establecidos como inamovibles por las resoluciones judiciales del juicio ejecutivo, resoluciones que no habrían podido alterar las sentencias recaídas en esta litis, tanto más cuanto que el demandante señala esos hechos procesales como causas determinantes de la nulidad de la escritura de remate, para que, debidamente apreciados por el juez sentenciador, declarase válida ó nula la escritura de transferencia de las pampas salitreras.

El señor Ministro don Aniceto Vergara Albano, dictaminó en los términos siguientes.

"En la demanda don Hermann Lappé refiere, como lo expresa la sentencia de primera instancia, que en juicio sobre cobro de pesos seguido contra la extinguida sociedad Saint Marie y Lappé, se trabó embargo en los bienes de esta sociedad, entre los cuales figuraba la salitrera "Germania", compuesta de diecisiete pertenencias y "Unión" de trece pertenencias, aportadas por él al haber social; que estas propiedades no fueron tasadas en forma legal, y sin embargo, por resoluciones judiciales, se las incluyó en el remate y adjudicación de dichos bienes en favor de don Ernesto Decombe, según consta de la escritura pública de 7 de julio de 1887; que además, no se inició la subasta sobre la base de los dos tercios de la tasación, y que esas omisiones viciaron de nulidad el remate y la escritura de adjudicación, por lo cual, concluye solicitando que se dé lugar á ella en definitiva y, en consecuencia, declarar nula la referida escritura de 7 de julio otorgada en Copiapó ante el notario don Agapito Vallejos, condenando á los demandados á las restituciones ordenadas por el artículo 1687 del Código Civil.

Contestando á la demanda el representante de la sucesión demandada, niega las afirmaciones del demandante relativas á los vicios

imputados al remate de las pampas salitreras "Germania" y "Unión" y sostiene que fueron debidamente embargadas, tasadas y subastadas, como lo establecen las sentencias de primera y segunda instancia recaídas en el juicio reivindicatorio promovido por el mismo don Hermann Lappé en contra de la Compañía Lautaro, sucesora de los derechos de don Ernesto Decombe. Observa que Lappé entabla su demanda á nombre de una sociedad que dice extinguida, y hace notar que la escritura pública de 7 de julio de 1887 no es atacada de nulidad porque le falten algunas condiciones ó requisitos para su validez, sino por defectos en la tramitación del juicio ejecutivo.

Termina el demandado negando la demanda, oponiéndole las excepciones de cosa juzgada y de falta de personería del demandante para instaurarla, y deduciendo reconvención.

En los escritos de réplica y duplica las partes discutieron esas excepciones, alegando el demandante su improcedencia y el demandado que concurren en ellas todos los requisitos exigidos por el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil.

El remate y la validez de la escritura de adjudicación, dice el demandado fueron discutidos, juzgados y fallados en el juicio sobre reivincación de salitreras, que el señor Lappé siguió ante V. S. contra la Compañía Lautaro que sustituyó al señor Decombe, y que perdió en primera y segunda instancia. Este juicio lo sigue el señor Lappé contra el señor Decombe, que es el antecesor de la Lautaro, luego el primer requisito de la ley, la identidad legal de personas existe de una manera evidente.

En el juicio de reivindicación de salitreras, el señor Lappé pretendió reivindicar las pampas "Germania" y "Unión" que la Lautaro había obtenido del señor Decombe, y en este juicio persigue la nulidad de la adjudicación hecha al señor Decombe antecesor de la Lautaro, para recuperar las mismas pampas salitreras, de donde resulta que el segundo requisito de la ley, la identidad de la cosa pedida, existe también en el presente caso, puesto que uno y otro juicio tienen el mismo objetivo, volver á obtener las recordadas pampas "Germania" y "Unión".

En el juicio sobre reivindicación de salitreras, el señor Lappé demandó á la Lautaro, porque se consideraba dueño de las pampas reclamadas á causa de que, en su concepto, habían sido rematadas nulamente por no haber sido tasadas por peritos, y en la actual demanda la nulidad de la escritura de adjudicación por la misma falta de tasación para llegar á un resultado igual, cual es que se le declare dueño de las pampas "Germania" y "Unión"; de consiguiente, el tercer requisito exigido por el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil para alegar la cosa juzgada, existe tan claro y evidente como los otros dos.

Por su parte el demandante había declarado en el escrito de réplica que el objeto de la acción interpuesta es obtener la entrega de sus propiedades salitrales adjudicadas sin estipulación de precio en virtud de las referidas omisiones.

Se ve por estos pasages que las partes interesadas en la contienda, reconociendo que el verdadero fin perseguido en la demanda era la nulidad de la adjudicación de que da testimonio la escritura de 7 de julio de 1887, convinieron continuar la discusión en este sentido, trayendo para el efecto al proceso las diligencias y documentos necesarios para acreditar sus alegaciones en orden á la legalidad del remate.

La nulidad de la escritura misma quedó reducida a la categoría de una cuestión consecuencial, ya que el demandante no impugnaba su forma externa ni le atribuía vicios en su otorgamiento, y por el contrario, reconocía su autenticidad y la invocaba como base de sus pretenciones.

Aceptando esta situación jurídica, la sentencia de primera instancia que puso término á la litis declaró sin lugar la demanda, por las consideraciones expuestas en los considerandos segundo, tercero y cuarto de la misma sentencia, en los cuales se establece que la acción deducida en la demanda se funda en que las propiedades salitreras "Germania" y "Unión" fueron adjudicadas sin que hubiera previamente en el remate procedido á la tasa-

ción de ellas y fijándose los dos tercios de su tasación, que según consta de las piezas compulsadas por resoluciones de primera y segunda instancia, se declaró que las propiedades embargadas "Germania" y "Unión" estaban incluídas en la tasación practicada por el perito don José Antonio Arís, ascendente á la suma de $ 155.740,78.

La sentencia recurrida excluyó, es verdad, el segundo fundamento de la sentencia de primera instancia y aún previene en el segundo de sus considerandos que en la demanda se pide la nulidad de la escritura pública otorgada en Copiapó ante el notario don Agapito Vallejos el 7 de julio de 1887; mas en los considerandos siguientes analiza extensamente y en detalle los diversos antecedentes de la adjudicación judicial para arribar á la conclusión de que las propiedades salitreras "Germania" y "Unión" fueron legalmente tasadas y rematadas, no siendo, por lo tanto, procedente la acción deducida en la demanda. Termina declarando que confirma en la parte apelada la sentencia de 26 de diciembre de 1904, cuyo tercer considerando consulta como causa determinante del rechazo de la demanda el mismo hecho aducido por el tribunal de alzada.

Del contexto de esta sentencia y de las precedentes declaraciones de las partes se desprende, en mi concepto, sin el menor esfuerzo, que la cuestión jurídica contemplada y resuelta por los tribunales del fondo no ha sido la nulidad de la escritura del 7 de Julio de 1887, como instrumento comprobante de un acto solemne sino la legalidad de este mismo acto.

Así caracterizada la presente contienda, cabe inquirir si procede el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia definitiva y si esta resolución ha violado en realidad las prescripciones legales citadas por los ocurrentes.

En orden al primero de estos puntos, parece excusado advertir previamente que las adjudicaciones ó ventas forzadas hechas por los jueces en juicio ejecutivo á petición de un acreedor, son iguales en la esencia á los actos contractuales de la misma especie, ó sea, á las ventas voluntarias, salvo las diferencias ó modificaciones propias de su naturaleza particular.

Parece también inoficioso prevenir que los considerandos ó fundamentos de una sentencia no pueden, por sí solos, servir de base para el recurso de casación en el fondo, porque ellos nada deciden y este recurso se ha establecido contra las decisiones que en las sentencias definitivas se contienen.

Sin embargo, cuando estas decisiones aparecen expresadas en formas tan concisas y lacónicas como "ha lugar á la demanda", "no ha lugar á la demanda", es indispensable acudir para juzgar la justicia ó injusticia del fallo ó su conformidad con la ley, á las consideraciones de hecho ó de derecho que le sirven de fundamento y representan la razón ó causa determinante del pensamiento ó juicio emitido en la parte decisoria. Los considerandos no constituyen el fallo, pero explican su alcance y á veces determinan su significado.

En el caso de autos, los considerandos 4º y siguientes de la sentencia recurrida manifiestan que la parte dispositiva en que se confirma la sentencia de primera instancia, tiene, como ésta, por objeto decidir la legalidad de la adjudicación judicial acreditada por dicha escritura pública, y que se desecha la demanda, porque las propiedades salitreras "Germania" y "Unión" fueron tasadas con arreglo á ley y subastadas con la base de los dos tercios de la tasación.

Si las pruebas que exhibe la sentencia recurrida debieran ser miradas como hechos de la causa, no cabe duda que dentro del precepto del artículo 958 del Código de Procedimiento Civil, no podría V. E. hacer lugar al recurso interpuesto, y las afirmaciones de los tribunales del fondo escaparían á la jurisdicción fiscalizadora que la ley ha encomendado al Excmo. Tribunal.

Mas, esas afirmaciones sobre la efectividad de la tasación pericial se refieren á los antecedentes de la venta forzada, á hechos ocurridos en la generación del contrato, á los elementos mismos del acto jurídico; y sabido es que las declaraciones hechas por los jueces del fondo en orden á que las formalidades y menciones exigidas por la ley se encuentran ó no en el acto ó contrato sometido á su juzga-

miento, no son obstáculo para la revisión de la Corte de Casación, que, examinando el acto mismo, podría casar por inobservancia de las prescripciones de la ley.

Tal es la doctrina en que descansa el recurso de casación con respecto á los actos contractuales.

"Es evidente, dicen los autores del repertorio alfabético de jurisprudencia, copiando á la letra la opinión de Crepón, que la cuestión de saber si las formas de los contratos han sido observadas ó no, si las indicaciones exigidas se encuentran ó no en el acto que se discute, no puede ser abandonada al poder discrecional de los jueces del fondo y que ello entra esencialmente en las atribuciones de la Corte Suprema, encargada de asegurar el respeto á las prescripciones legales."

Desde que la discusión ha rodado sobre la ineficacia ó nulidad del contrato de venta forzada que acredita la escritura pública de 7 de julio de 1887, desde que la sentencia recurrida, apreciando las alegaciones de las partes sobre el particular, rechaza las peticiones del demandante, cree el infrascrito que conforme á la doctrina derivada de los artículos 940 y 958 del Código de Procedimiento Civil, puede V. E. examinar los antecedentes traídos á colación por el tribunal sentenciador y apreciarlos con su propio criterio jurídico.

Estimo, por consiguiente, que no existe obstáculo legal para que V. E. proceda á conocer y decidir en el recurso pendiente.

En cuanto á si la sentencia recurrida ha violado las prescripciones legales citadas en el escrito de formalización del recurso, el examen atento de los antecedentes del proceso y de las diligencias invocadas y analizadas *in extenso* por el tribunal sentenciador me han inspirado la convicción de que en realidad no fueron tasadas y subastadas con arreglo á la ley las pertenencias salitreras de las oficinas "Germania" y "Unión".

Según el título hipotecario que dió origen á la ejecución en que incidió el remate, estas propiedades constituían, por sí solas, los principales y más valiosos bienes destinados al pago de la obligación contraída por la sociedad ejecutada.

Tratando de avaluarlas para los fines de la venta forzada, el perito don José Antonio Arís dice sustancialmente en su informe, que se abstuvo de tasar dichas pampas, porque, si bien contenían caliche que podría estimarse en $ 13,124.785,20, los gastos de explotación y el impuesto fiscal que grava la exportación del salitre no sólo anulaban ese valor sino que dejarían al industrial una pérdida no inferior á $ 6,000.000, por lo cual defiere el justiprecio á un criterio más ilustrado y previsor.

Una declaración tan expresiva y explícita del perito no era susceptible de interpretación ó esclarecimientos, ni contenía frases ambiguas cuyo alcance ó inteligencia debieran fijar los tribunales de la causa.

La ley vigente á la fecha de la diligencia pericial y la que rige en la actualidad, reglan con precisión este punto del procedimiento ejecutivo, disponiendo una y otra que la tasación de los bienes embargados se hará por peritos designados por las partes ó por el juez en subsidio.

Ninguna de ellas permite prescindir de la regulación pericial, á menos que las partes convengan fijar precio cierto á los bienes embargados.

El artículo 508 del Código de Procedimiento Civil, conforme con la legislación anterior, faculta al tribunal para fijar por si mismo el justiprecio de dichos bienes; pero esto tiene lugar solamente cuando impugnada la tasación pericial transcurrieren los plazos en él indicados, y entonces debe el juez señalar un precio ó valor determinado.

Sin embargo, el cuaderno del juicio ejecutivo atestigua que puesto en conocimiento de los interesados el informe del perito Arís, no lo objetaron dentro del plazo de tres días señalado en el decreto respectivo y que, vencido este plazo don Hermann Lappé, en el carácter de socio administrador de la sociedad ejecutada, pidió que se asignara á las pertenencias salitreras en referencia, como precio para la subasta, el valor calculado por el perito al caliche que contenían.

Esta petición originó el incidente resuelto por el auto de 31 de marzo de 1884, en que el juez de la causa declaró que habiéndose abstenido el perito de tasar dichas salitreras,

debía tenerse como valor total de los bienes embargados la cantidad de ciento cincuenta y cinco mil setenta y cuatro pesos setenta y ocho centavos ($ 155.074,78).

El perito había atribuído este valor á las casas, enseres y maquinarias embargadas existentes en Taltal, La Brea y en las oficinas "Germania" y "Unión", excluyendo las pampas mismas, como lo expresa terminantemente en su informe.

Un nuevo incidente promovido por el mismo Lappé para obtener la tasación de las mencionadas propiedades, fué fallado por el auto de 26 de agosto de 1885, cuyo segundo considerando expresa que el precio fijado en la resolución de 31 de marzo de 1884, se refería á los bienes embargados al deudor, entre los cuales figuraban las pampas salitreras "Germania" y "Unión", estando, por lo tanto, comprendidos en aquellos.

La sentencia recurrida establece como base de su fallo que estas resoluciones y los antecedentes relacionados en el cuarto considerando de la misma sentencia prueban de una manera incontrovertible que las salitreras "Germania" y "Unión" fueron tasadas por el perito Arís, que fué aprobada por las partes la tasación practicada y que dichas pampas fueron incluídas en la tasación de los demás bienes embargados.

En sentir del infrascrito, las propias frases del informe pericial y el contenido de esta pieza de los autos, acreditan que el perito Arís no valorizó en forma legal las propiedades de que se trata.

Siendo así, no pudo legalmente el tribunal de la causa señalarles precio por sí solo, y menos todavía declarar incluído su valor en el de los demás bienes embargados, porque ello importaba declararlos sin valor comercial.

Se dice sin embargo, en la sentencia recurrida que aquellas resoluciones judiciales no pueden ser anuladas en sus efectos legales porque el demandante no dedujo contra ellas en tiempo oportuno los recursos legales que hubiera podido hacer valer al respecto y que teniendo fuerza ejecutoria todos los actos y providencias librados en el juicio ejecutivo obstan á la declaración de nulidad solicitada en la demanda.

Respecto de la importancia y valor en el presente pleito de esas dos resoluciones interlocutorias libradas en el juicio ejecutivo en el cual, en su virtud, se incluyeron en el remate las pampas salitreras de que se trata, sin haber sido tasadas, hay que considerar lo siguiente además de lo advertido ya al respecto:

1º Tratándose en el presente juicio de anular un contrato de adjudicación por faltar la solemnidad de la tasación exigida por la ley para su validez en consideración á la naturaleza del acto y no á la calidad ó estado de las personas, esas resoluciones no pueden tener la virtud de dar por existente una solemnidad que nunca existió. Sobre todo, cuando esa existencia la hace descansar la Corte sentenciadora en la simple apreciación, apreciación errónea, que hace de lo que cree que dice el informe pericial, que es un antecedente ó documento auténtico y fundamental en el pleito.

Se ha demostrado que el perito declara en numerosos pasajes de su minuciosa tasación que no tasó las pampas de que se trata. Y la Corte sentenciadora, fundada en el mismo documento, aprecia que dicho perito afirma haberlas tasado.

2º Cualquiera que sea el valor jurídico que en ese juicio ejecutivo pudieran tener tales resoluciones durante aquel procedimiento, nulo en realidad, es evidente que en la presente cuestión no cabe atribuirles valor de ninguna especie desde que aquí se trata de un juicio diverso en que se deduce la acción ordinaria de nulidad absoluta fundada en infracciones legales que expresamente lo autorizan.

3º Debe tenerse además presente que bajo el imperio de la antigua legislación, ni siquiera la sentencia definitiva librada en un juicio ejecutivo era capaz de producir cosa juzgada contra el ejecutado.

"Queda al ejecutado su derecho á salvo, dice un conocido autor exponiendo la ley del caso, para usar de él en el juicio ordinario; de manera que la sentencia no produce contra él la excepción de cosa juzgada".

Y si esto se dice de la sentencia definitiva, con mayor razón se aplicará á las interlocutorias del mismo juicio ejecutivo.

4º El artículo 200 del Código de Procedimiento Civil autoriza para oponer la excepción de cosa juzgada sólo al que ha obtenido en el juicio. Y si esas resoluciones interlocutorias libradas en el susodicho procedimiento ejecutivo no pusieran por sí solas definitivo término á juicio alguno, ¿en dónde, entonces, podría encontrarse el fundamento de esa excepción? Porque no debe perderse de vista que nunca se ha litigado en juicio de lato conocimiento sobre si las pampas salitreras del señor Lappé fueron ó no tasadas, no habiendo, por tanto, recaído sentencia definitiva al respecto; pues, sobre lo que recayó sentencia definitiva después de un juicio de lato conocimiento, durante el cual se suspendió el procedimiento ejecutivo, como lo dije al principio de este informe, fué sobre si las mismas pampas eran ó no rematables, declarándose la afirmativa por sentencia de término de 26 de diciembre de 1884, recaída en el juicio ordinario seguido entre ejecutante y ejecutado, en el cual se resolvió que la propiedad salitrera no gozaba del privilegio de la irrematabilidad que á la propiedad minera acuerda el Código de Minería.

5º Pero todas estas consideraciones son para el caso en que la sucesión Decombe, demandada, hubiera aducido la excepción de cosa juzgada fundada en las dos resoluciones interlocutorias, lo que no ha sucedido; ya que lo único que hace respecto de ellas es presentarla como simple medio de defensa en este juicio al responder al alegato de bien probado del demandante y cuando, por lo tanto, no era tiempo ya de someterlas á la decisión judicial, ni de que por consiguiente pudiera ser materia de una decisión en el pleito.

El juez de primera instancia y la Corte sentenciadora, entendiendo también así las cosas, han considerado esas dos resoluciones sólo como medio de defensa aducido por el demandado en contra del demandante.

Y consideradas desde este punto de vista, tampoco ellas tienen valor en este pleito, por cuanto no han sido sometidas á juicio por las partes, desde que, presentado ese medio de defensa en ellas fundado, sólo al responderse el alegato de bien probado, como queda dicho, no ha podido ser discutido ni conisderado, por oponerse á ello los artículos 302 y 167 del citado Código de Procedimiento Civil, en el primero de los cuales se ve que sólo en los escritos de réplica y dúplica, respectivamente y por razones fáciles de comprender, se autoriza á las partes para ampliar y adicionar sus defensas que hayan formulado en la demanda y contestación.

6º Por lo demás, en otro lugar de este informe queda dicho que la única excepción de cosa juzgada alegada por el demandado en este juicio, quedó desechada, tanto por la sentencia de primera como por la de segunda instancia; sin que por lo tanto haya nada que decir al respecto; y la cual se fundaba en la sentencia librada en contra del demandante señor Lappé en el juicio reivindicatorio respecto de estas mismas pampas, que entabló en contra de The Lautaro Nitrate Company.

En fin, cualquiera que sea la fuerza de estas resoluciones en el juicio ejecutivo en que fueron libradas, cualquiera que sea la oportunidad ó inoportunidad con que en este pleito hayan sido aducidas como medio de defensa es un hecho, que no puede prestarse á duda, que ellas en caso alguno pudieran ser un obstáculo para que en este juicio se hubiera podido fallar por la Corte sentenciadora que en el contrato de venta forzada de las salitreras de que se trata faltó para su validez el requisito esencial del precio por no haber existido la tasación, único medio legal de establecerlo.

Hecha la adjudicación de los bienes embargados, el contrato resultante quedó sometido á las mismas reglas de la venta voluntaria, produciendo iguales acciones y derechos, salvo en los casos de excepción que contemplan los artículos 1881, 1865 y 1891 del Código Civil.

Los recurrentes fundan también el recurso de casación deducido en la infracción del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil en la parte que ordena pronunciar las sentencias conforme al mérito del proceso. Y la sentencia recurrida, dicen ellos, afirma que el perito tasador declara haber tasado las pampas salitreras de que se trata, cuando el informe pericial del mismo funcionario establece repetidamente que no se practicó dicha tasa-

ción llegando hasta expresar en él las razones en virtud de las cuales no se la quiso practicar.

Efectivamente, eso dice la referida sentencia, esto consta del informe; y, por lo tanto, esa infracción legal se ve con claridad.

Ahora bien, dicha infracción, que existe evidentemente, ¿es de aquellas taxativamente enumeradas en el artículo 941 del Código de Procedimiento Civil que autorizan la casación en la forma?

Indudablemente que nó.

Nos encontramos entonces en presencia de una infracción legal cometida por el tribunal sentenciador, que no es materia del recurso de casación en la forma.

Pero, como es infracción legal que además ha influído sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, sin lugar á duda, ella autoriza, á juicio del infrascrito, el recurso de casación en el fondo, conforme al artículo 940 del mismo, de que se la ha hecho materia.

Porque, la sentencia recurrida ha alterado á este respecto el mérito jurídico de los antecedentes del proceso, con infracción del expresado artículo 167, que impone la obligación de sentenciar conforme al mérito que él arroje, expidiéndose así un falso fallo. Y parece que para defectos tales, muy graves por su naturaleza, ha sido escrito, en esa parte, el referido artículo 167.

En lo referente á si el perito Arís tasó ó no las pertenencias salitreras, necesario es advertir por último que si la estimación condicional que hace el perito Arís de las pampas salitreras en la suma de $ 13,124.785,20 pudiera considerarse como una verdadera tasación, el remate carecería del requisito exigido por el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, pues sólo por acuerdo expreso de las partes pueden admitirse posturas por un valor inferior á los dos tercios de la tasación, ya que ninguna de ambas partes revoca á duda que el perito valorizó dichas pertenencias en $ 13,124.785,20.

Si tal estimación no puede considerarse como verdadera tasación, esto es, si el perito no tasó con arreglo á derecho las referidas pertenencias, jamás han podido ser incluídas en la tasación de los demás bienes y no están rematadas, como quiera que el carácter que la ley imprime á los actos, dadas sus peculiares circunstancias, no puede ser desnaturalizado por resoluciones judiciales, mayormente si estas tienen sólo la situación de incidentales.

El Tribunal de Alzada ha adoptado la primera situación, y al aceptar que la reiterada declaración pericial que dice que el perito se abstiene de tasar las dichas pertenencias, porque carecen de valor, significa que esos estacamentos han sido tasados y comprendidos en la tasación que de los demás bienes se hiciera, la Iltma. Corte se ha desentendido de las solemnidades legales consignadas en los artículos 46 y 49 de la ley de 8 de febrero de 1837, reproducida en los artículos 507 y 514 del Código de Procedimiento Civil y consecuencialmente ha incurrido en la infracción de los artículos 1681 y 1682 del Código Civil al rechazar la petición formulada por Lappé y fundada en la inobservancia en el remate de requisitos ó formalidades necesarias al valor del acto, como lo eran la tasación y la postura mínima por los dos tercios de la misma.

Para que las cosas puedan venderse necesitan conforme el artículo 1461, el requisito de comercialidad, y no podrán ser objetos de un acto ó declaración de voluntad mientras no adquieran ese carácter, el valor venal que las haga comerciables. Si se declara válida la venta de una cosa que carece de ese esencial requisito de comerciabilidad, y el perito Arís ha declarado explícitamente al respecto que los estacamentos salitrales de que se trata, dadas sus peculiares condiciones, no tenían valor alguno, se infringe el artículo 1461 del Código Civil, que declara inválido el contrato de una cosa no comerciable, y los contratos prohibidos por la ley son nulos, absolutamente.

El artículo 1793 del Código Civil define la compraventa diciendo que es un contrato en que una de las partes se obliga á dar una cosa y la otra á pagarla en dinero, y denomina precio al dinero que el comprador da por la especie vendida. El artículo 1801 del

mismo Código declara imperfecto el contrato en que las partes no ha convenido en la cosa ni en el precio.

En la venta forzada á que estos autos se refieren, el encargado de fijar el precio, el perito, declaró terminantemente que se abstenía de señalar precio á las pampas salitrales. No hubo, pues, precio, y no existiendo este, la Iltma. Corte de la Serena, al negar lugar á la demanda, declaró válido un contrato de venta en que no se había determinado el precio de la cosa vendida. Declara esa Corte que el informe pericial en la parte que asevera que no ha señalado precio á las pampas salitrales, porque en concepto del perito informante no lo tenían, significa que el perito las incluyó en la tasación de los útiles de las oficinas elaboradoras de salitre. Lo expuestó viola, indudablemente, los artículos 1793, 1801 y 1808 del Código Civil, que caracterizan el contrato de compraventa, exigiendo como requisito esencial para su validez la existencia del precio de la cosa vendida y su fijación por las partes.

La denegación de la demanda infringe, asimismo, los preceptos legales contemplados en los artículos 1445 y 1467 del Código Civil que no permiten la existencia de una obligación sin causa que la motive: si para el comprador, el motivo que lo induce á la celebración de la compraventa es la obtención del objeto que es materia de ella, para el vendedor, la causa es la consecución del precio. Y se presenta el caso en que un tribunal, la Corte de la Serena, en el en que me ocupo, acepta como válida una compraventa en que la causa que inducía al vendedor á celebrarla, el precio, no existe, ese contrato carece de causa, y la obligación es nula, conforme á las disposiciones legales arriba trascritas.

En mérito de lo relacionado y conforme con el precepto contemplado en el artículo 940 del Código de Procedimiento Civil, el infrascrito es de parecer que V. E. acoja en la forma ordinaria el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de 15 de junio de 1906, de estos autos.

La Corte:

Vistos, teniendo presente:

1º Que en la demanda deducida en el juicio de que procede el recurso don Hermann Lappé, titulándose dueño de las salitreras "Germania" y "Unión", pidió que se declarase nula la escritura de 7 de julio de 1877, otorgada en Copiapó ante el notario público don Agapito Vallejo, condenándose á los demandados á las restituciones ordenadas por el artículo 1687 del Código Civil; y se adujo como fundamento de esta petición que el remate de las pampas salitreras "Germania" y "Unión", de que da testimonio la citada escritura, se verificó en condiciones que las salitreras de que se trata no fueron tasadas, sino por el contrario, excluídas de la operación pericial practicada por el ingeniero don José Antonio Arís en 1883 y admitiéndose para principiar las posturas, los dos tercios de la tasación sólo de los valores existentes en las oficinas, es decir, de sus maquinarias, edificios y útiles de explotación;

2º Que para apreciar la procedencia de la acción de nulidad que fué desechada por el tribunal que dictó el fallo recurrido y sus fundamentos legales, deben tomarse en consideración los antecedentes obrados en el juicio que dió por resultado la subasta de las salitreras "Germania" y "Unión"; por cuanto esa subasta no fué un acto aislado, sino la consecuencia natural y jurídica de las diversas actuaciones que la precedieron, ó sea el mandamiento de embargo, la sentencia de trance y remate en cumplimiento de la cual se vendieron al mejor postor las salitreras "Germania" y "Unión" y también las resoluciones que en aquel juicio se dictaron con motivo de la tasación que hizo de las salitreras mencionadas el perito don José Antonio Arís y que quedaron ejecutoriadas;

3º Que en el juicio ejecutivo ya indicado litigó la Sociedad Saint Marie y Lappé, y en él se procedió sobre la base de que á dicha Sociedad pertenecían las salitreras "Germania" y "Unión", que por ellas habían sido hipotecadas al acreedor don Ernesto Decombe, negociación que efectuó á nombre de la Sociedad el mismo don Hermann Lappé; y en esa

inteligencia se hizo la traba de embargo, se pronunció la sentencia de trance y remate y se adjudicaron dichas salitreras al mencionado Decombe, expresándose por el juez ante quien se verificó la subasta "que transfería á favor del comprador todos los derechos que la Sociedad concursada de Saint Marie y Lappé, tenía sobre las dos oficinas salitreras "Germania" y "Unión", sin que por parte de don Hermann Lappé durante el juicio ejecutivo y antes del reclamo, se hubiera interpuesto remate ó acción alguna relativa al dominio de esas salitreras, habiendo figurado el expresado Lappé en todos los trámites de la causa como representante de la indicada Sociedad;

4º Que por tanto, de estos antecedentes resulta que Lappé no tiene derecho á reclamar contra lo tramitado, resuelto y ejecutado en dicho juicio con intervención de la parte que figuró representada por él mismo con el carácter de dueño de las salitreras, ya que no aparece justificado como hecho de la presente causa que hubiera conservado su dominio ó que este derecho hubiese revertido con posterioridad á su favor;

5º Que aun en la hipótesis de que se estimara que Lappé era actual dueño de las salitreras á la fecha en que se efectuó el acto procesal de que reclama, y todavía en el supuesto de que en esta litis se hallaran citados los legítimos contradictores de aquel juicio ejecutivo, ha perdido su derecho para alterar lo ejecutado, porque de los hechos que menciona el considerando tercero de esta sentencia, aparece que si no hubiera valido como transferencia de dominio el aporte que hizo de sus predios á la sociedad de Saint Marie y Lappé por defectos de inscripción ú otros motimos, es de toda evidencia que su declaración de voluntad acerca de dicha transferencia, juntamente con su intervención personal en los actos relativos á la constitución del gravamen hipotecario, del cual ni siquiera reclama, habría importado la manifestación más explícita de su consentimiento sobre la hipotecación en referencia á favor de una obligación ajena; quedando él mismo en calidad de tercer poseedor legal de tales predios, conforme á la facultad que confieren los artículos 2414 y 2430 del Código Civil, que dicen: "Pueden obligarse hipotecariamente los bienes propios para la seguridad de una obligación ajena; pero no habrá acción personal contra el dueño si éste no se ha sometido expresamente á ella". "El que hipoteca un inmueble suyo por una deuda ajena no se entenderá obligado personalmente si no se hubiere estipulado. Sea que se haya obligado personalmente ó no, se le aplicará la disposición del artículo precedente", esto es, la del artículo 2429 relativa al tercer poseedor.

6º Que una hipotecación efectuada en estas condiciones, llevaba envuelta de consiguiente el derecho del acreedor hipotecario de perseguir el pago de su crédito, deduciendo si fuese necesario dos acciones, á saber: la de desposeimiento que señalan los artículos 2429 y 2430 del Código Civil dirigida contra el tercer poseedor, á fin de considerar jurídicamente la finca en manos del acreedor, para ejercer sobre ella los derechos de acreedor prendario, conforme á los artículos 2397, 2497 y 2424 de dicho Código; y la de embargo y remate judicial de la cosa hipotecada en juicio con su deudor personal, una vez apoderado de ella por dicho desposeimiento ó por el abandono voluntario que el tercer poseedor puede hacer según lo permite el citado artículo 2429.

7º Que en las gestiones sobre desposeimiento ó abandono, es parte directa el tercer poseedor para defender su derecho por inexistencia ó caducidad de la hipoteca, ú otro motivo, puesto que contra él se dirige la acción real, sin que se le permita pedir que se persiga primeramente al deudor personal; al paso que no lo es, ni es necesaria su comparecencia en el juicio ejecutivo que se sigue á este último para el embargo y subasta de la finca, no sólo porque la acción ejecutiva es personal, sino porque ningún precepto estatuye que deba citarse á este procedimiento individual al tercero, cuya intervención es precisamente eliminada por desposeimiento ó por acto voluntario suyo.

8º Que esta comparecencia del que fué tercer poseedor de la finca hipotecada al juicio sobre remate de la misma finca, lejos de estar prescrita por la ley, se halla, por el contrario, implícitamente eliminada del procedimiento análogo que se sigue entre el acreedor

dad misma, las cosas pertenecientes á su patrimonio que, introducidas por él en la sociedad, han salido más tarde de su dominio por actos ó procedimientos ilegales en cuya ejecución no ha intervenido, y que por tal circunstancia no le empecen;

9ª Que como antes se ha insinuado, es un hecho del pleito, reconocido por los jueces de la apelación, que don Hermann Lappé, no no figuró en el juicio ejecutivo en que se embargaron y remataron las oficinas salitreras "Germania" y "Unión", que constituían su aporte personal en la extinguida Sociedad de Saint Marie y Lappé; y, en consecuencia, los fallos en ese juicio recaído no han sido dictados en su contra y no pueden, por lo mismo, invocarse como un precedente jurídico inamovible que impida al que no litigó ejercitar por separado las acciones contractuales, nacida de la venta forzada que en dicho juicio se llevó á cabo, y mediante la cual venta, las precitadas salitreras "Germania" y "Unión" salieron definitivamente del poder de la Sociedad misma á la cual Lappé las había entregado en calidad de mero aporte, que alguna vez podría retirarse ó quedar sin efecto, para darlas en dominio perpetuo al comprador don Ernesto Decombe, acreedor hipotecario de aquella Sociedad;

10. Que este derecho de Lappé, como dueño que ha sido y que pretende ser todavía de las salitreras indicadas, es, por otra parte, enteramente independiente del juicio ejecutivo que acaba de mencionarse, y cuyas actuaciones, obligatorias ó no para las partes que en él intervinieron, no se pretende reproducir ahora ni más tarde, ya que lo único de que aquí se trata es del valor y eficacia legal del contrato de compraventa forzada de las salitreras "Germania" y "Unión", en presencia de las circunstancias especiales que lo acompañaron, de la condición en cierto modo precaria en que la Sociedad deudora tenía esas salitreras, y de los derechos que sobre los mismos bienes correspondían al recordado Lappé;

11. Que, por tanto, es evidente que Lappé no habría podido ejercitar derechos patrimoniales de la índole mencionada por medio de recursos simplemente procesales en un juicio en que no fué parte, y en el cual ni siquiera figuró como tercero interesado, como habría podido hacerlo;

12. Que conviene repetir que los jueces de fondo han reconocido además, expresamente á Lappé el derecho que le asistía para iniciar este pleito, á virtud del interés directo que tenía y tiene en el contrato de venta forzada, al rechazar la excepción de falta de personería, ó más propiamente de personalidad opuesta por los demandados y que se fundaba en los pormenores del juicio ejecutivo; derecho patrimonial y sustantivo que no puede ser enervado ó desconocido por la circunstancia extraña al presente debate judicial, de no existir ya la Sociedad Saint Marie y Lappé; de no encontrarse definitivamente liquidadas las relaciones contractuales ó de hecho que ligaban á esa entidad jurídica con el actual demandante;

13. Que aún cuando la venta de los bienes embargados al deudor se lleve á cabo contra la voluntad de éste y mediante el ejercicio de un procedimiento judicial determinado, no por eso deja de constituir tal enajenación un verdadero contrato de compraventa, que produce los mismos efectos que el voluntario y que otorga é impone á los que los celebran los mismos derechos y obligaciones recíprocas de comprador y vendedor comunes, ni otras excepciones que las expresamente establecidas por la ley;

14. Que entre los derechos que naturalmente emanan de un contrato de compraventa sea éste forzado ó voluntario, se encuentra el de pedirse su nulidad por cualquiera de los interesados cuando no se han llenado en su celebración todos los requisitos que la ley exige para su perfeccionamiento; y es este derecho precisamente el que Lappé ha tratado de ejercitar en la demanda, indicando en ella los defectos ú omisiones que en su concepto producían esa nulidad;

15. Que dentro del mecanismo que gobierna el contrato de compraventa forzada en un juicio ejecutivo, el juez actúa en él como representante legal del deudor que se ve obligado á vender; á su nombre declara aquel funcionario cerrado el contrato, y firma la respectiva escritura;

16. Que, los representantes legales son re-

daderos mandatarios de sus representados, y sobre ellos pesa, en consecuencia, la obligación sustancial de ceñirse rigorosamente á los términos de su mandato, á no ser en los casos en que la ley los autorice para obrar de otro modo;

17. Que el mandato legal de los jueces que en una demanda ejecutiva cualquiera intervienen en la enajenación ó venta de los bienes embargados á un deudor, se reglaba á la fecha en que se produjo la venta de que aquí se trata, por la ley especial de 8 de febrero de 1837, cuyas distintas disposiciones debían entenderse incorporadas en dicho mandato, y, por lo mismo, cumplirse á la letra por el mandatario, sobre todo aquellas que se referían á las formalidades previas del contrato establecidas por el legislador como eficaz garantía de los derechos del vendedor forzado, cuya representación encomendaba á la justicia;

18. Que, entre esas reglas incorporadas en el mandato ó representación legal del juez de la ejecución, se cuentan las de los artículos 46 y 49 de la citada ley, según las cuales es requisito esencial para llevar á efecto una venta forzada: 1º la tasación por peritos de los bienes objeto de la venta; y 2º que no se admitan posturas por una cantidad inferior de los dos tercios de esa tasación;

19. Que no es lícito á los jueces, en modo alguno, alterar los términos claros y explícitos de esos preceptos, so pretexto de facultar el remate pendiente ó de interpretar las operaciones del pleito que practicó la tasación; operación que por su propia naturaleza no es ni puede ser susceptible de interpretación, y cuya aclaración ó reforma, en caso de ser necesaria, no podría llevarse á cabo sino por medio de otra operación del mismo género, que la ley no ha encomendado á los jueces de la causa;

20. Que es un hecho del pleito que el perito don José Antonio Arís tasó los bienes embargados en la forma siguiente, tasación que fué aceptada por las partes y aprobada por la justicia: Valores en Taltal, valores en Brea, valores en la oficina "Germania", con exclusión de la pampa misma, valores en la oficina "Unión" con exclusión de la pampa misma: $ 155.074,78.

Valor de las pampas mismas, si no rigiera el impuesto fiscal de $ 1,50 por quintal métrico de nitrato que se explota $ 13,124.785,20.

Pero la subsistencia del actual impuesto no sólo anula este valor sino que dejaría una crecidísima pérdida á quien trabajase esas pampas. (Esa pérdida aparece calculada en otra parte de la tasación en mas de 18 millones);

21. Que de la operación trascrita resulta claro como la luz que las pampas salitreras ó sea su valor de 13 millones y pico de pesos no estaba comprendido en los $ 155.000 señalados por el perito como precio de los demas bienes embargados, y, en consecuencia, el juez de la causa no pudo válidamente desconocer este resultado para los efectos de fijar las bases del remate y el mínimum por el cual debían comenzar las posturas;

22. Que procediendo de otro modo ó declarando que las pampas estimadas en 13 millones estaban comprendidas en los demás bienes, apreciados sólo en $ 155.000, el juez alteró de hecho los términos de la tasación; y por lo mismo alteró también el mínimum por el cual debió necesariamente comenzar el remate; y puso así en venta las propiedades tasadas por una cantidad inferior á aquella que debió haber pedido por ellas con arreglo á las instrucciones precisas y correctas de su mandato legal, perjudicando con ello á su representado;

23. Que este procedimiento del juez, ademas de ilegal é inequitativo, resultaba todavía completamente ilógico; puesto que si se desvalorizaba y hacía desaparecer el principal de los bienes embargados, que eran las pampas salitreras para involucrarlas en la tasación de las máquinas y oficinas, que eran lo meramente accesorio, so pretexto de que los $ 13 000,000 que valían los primeros habían de convertirse en $ 6.000,000 de pérdida para el que las trabajara, en razón únicamente del impuesto fiscal que por entónces gravaba la extracción de salitre, semejante pérdida tenía que pesar con igual intensidad sobre el que adquiriera dichas pampas por el

solo valor de los edificios y enseres de trabajo; ya que no había ella de desaparecer y compensarse hasta convertirse en ganancia, con la simple adquisición de esos mismos bienes por la suma de $ 150,000 en que el juez las puso en subasta. De donde se sigue que tanta razón habría habido para prescindir en las bases del remate de un valor como del otro;

24. Que, por otra parte, un impuesto fiscal, cuya vida constitucional no pasa de dieciocho meses, que puede desaparecer ó sufrir modificaciones periódicas, cosa que ocurre á menudo, no puede ni debe tomarse en cuenta como un antecedente invariable, como un elemento constitutivo de precio, para fijar el valor efectivo ó la riqueza que encierra un yacimiento mineral, cuando se trata de su enajenación perpetua en favor de terceros.

Esto no es aceptable, como no lo sería, por ejemplo, que embargado por un acreedor el caballo ensillado de su deudor y tasada en $ 80 la cabalgadura y en $ 20 sus arreos, se pusieran en remate ambas especies por el valor solo de los últimos, so pretesto de que la carestía del forraje ó lo excesivo de los impuestos municipales existentes, haría muy dispendiosa la mantención del caballo para el que pretendiera adquirirlo;

25. Que el acto del juez importó en realidad una retasa arbitraria de los bienes embargados, llevada á cabo por él mismo, sin intervención de perito alguno; operación para la cual no estaba facultado por la ley, ya que, por más exagerada y anticomercial que estimara la tasación del perito, debió limitarse á pedir posturas por los dos tercios efectivos de ella; y si no hubieran concurrido postores, le cumplía haber escogido entonces, para la venta de los bienes embargados ó para el pago de la deuda, los otros medios que la ley le señalaba, y que son, según la enumeración taxativa de los artículos 50, 51, 52 y 53 de la ley de 8 de febrero de 1837: 1º la adjudicación en pago al acreedor de los bienes embargados por las dos terceras partes de su tasación; 2º la retasa pericial de los mismos bienes; 3º la ampliación ó mejora del embargo sobre otra propiedad del deudor que apareciera de más fácil venta; 4º la entrega al acreedor en prenda pretoria de los bienes embargados para hacerse pago con sus productos; y 5º el arrendamiento de los mismos bienes para que se hiciera pago al acreedor con su venta;

26. Que, los actos del mandatario, ejecutados en contravención á los términos del mandato, no obligan al mandante, y en el caso actual producen, además, la nulidad absoluta de lo obrado; porque la representación legal de los funcionarios públicos, á diferencia de lo que sucede con los mandatarios comunes, se rige por la regla establecida en el artículo 151 de la Constitución Política, de conformidad con la cual ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún á pretesto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad ó derecho que los que expresamente se le hayan conferido por las leyes, siendo nulos los actos ejecutados en contravención;

27. Que viciado de nulidad absoluta el contrato de compraventa en pública subasta de las salitreras "Germania" y "Unión", por las causales mencionadas en los considerandos precedentes, debió ser dicha nulidad declarada de oficio por los jueces del pleito, dando de ese modo lugar á la demanda, en que tal declaración se solicitaba; por lo que, al rechazar la acción propuesta, han desconocido y contrariado el alcance jurídico del precepto del artículo 1682 del Código Civil y el de los artículos 46 y 49 de la ley de 8 de febrero de 1837, como han violado también la regla contenida en el artículo 1683 del primero de esos cuerpos de leyes; infracciones todas en las cuales se ha apoyado el presente recurso;

28. Que asimismo ha violado el tribunal sentenciador el precepto del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, al interpretar la tasación del perito Arís dándole un significado y alcance manifiestamente contrario á su tenor literal; y aunque el citado tribunal revistió esa parte de su fallo con el colorido de una simple cuestión de hecho, afirmando que con la prueba rendida se había acreditado la práctica de todos los trámites del juicio ejecutivo, tal afirmación no escapa de la censura de esta Corte Suprema, porque ella se refiere, no á las pruebas, testimonio ó antecedentes producidos por las par-

tes litigantes, sino á las actuaciones públicas y oficiales de un proceso, cuyo tenor, existencia ú omisión no le corresponde fijar soberanamente al tribunal de la causa;

29. Que las infracciones contempladas en los dos considerandos anteriores han influído sustancialmente en lo dispositivo del fallo recurrido; y en consecuencia, procede el recurso de fondo interpuesto; y

30. Que el infrascrito no acepta las otras infracciones de ley invocadas por el recurrente, sobre todo las que se basan ó derivan de la falta de precio de la cosa vendida ó sea de las salitreras "Germania" y "Unión"; pues, á su juicio, ese precio, aunque mal fijado y distinto del que debió ser, según las instrucciones dadas al mandatario que practicó la venta, ha existido en realidad, como consta, de la respectiva escritura de remate.—*E. Fóster Recabarren.*

El voto especial del señor Rodríguez dice:

Don Ernesto Decombe, acreedor hipotecario de la sociedad de Saint Marie y Lappé, la ejecutó; y, declarada en concurso, hizo requerir de pago al socio de ella, don Hermann Lappé, en representación de la misma, y embargó unos establecimientos salitrales en Taltal que garantían su crédito.

Nombrado de perito don José Antonio Arís, tasó en $ 150.000 y pico los bienes hipotecados. previniendo que en esta suma no figuraba el valor de las pampas salitreras "Germania" compuesta de diecisiete pertenencias y "Unión" con trece pertenencias, cuyas caliches, estimaba en $ 13,000.000. Advertía que hacía esta excusión, por motivo de que el fuerte impuesto fiscal no le permitía asignarles valor é incluirlas en la operación.

Tal tasación, excluyendo el valor de las pampas, el juzgado de Copiapó la mandó poner en conocimiento de las partes y que se tuviera por firme si no la observaban en el término de tercero día.

Después Lappé formuló diversas incidencias para que: ó se tomase como base de la tasación la de $ 13,000.000; ó que se le entregasen las pampas; ó se rematase una y se le devolviese lo otra; ó que se hiciera retasa.

Todas estas solicitudes fueron denegadas; y tanto el señor juez *a quo* como la Iltma. Corte de la Serena, resolvieron que las pampas "Germania" y "Unión" estaban incluídas en la tasación del perito, no obstante que él había dicho que no las incluía y que les atribuía un valor nominal de $ 13,000.000.

Seguida la ejecución, se pusieron á remate los bienes embargados, incluídas las referidas pampas "Germania" con diecisiete pertenencias y "Unión" con trece pertenencias; y se adjudicaron á don Ernesto Decombe en la suma de $ 152.005,24, á quien se extendió escritura de adjudicación de compraventa en remate público, con fecha 7 de julio de 1887.

En el actual juicio, don Hermann Lappé, por sí, demandó en Taltal, á la sucesión del señor Decombe para que se declare "nula la referida escritura de 7 de julio de 1887, otorgada en Copiapó ante el notario público don Agapito Vallejo, condenando á los demandados á las restituciones ordenadas por el artículo 1687 del Código Civil, con costas".

La demanda se fundó en que, según los artículos 1682 y 1683 del referido Código, la mencionada escritura de adjudicación es nula; porque fué nula la venta en remate, por falta de precio, á consecuencia de la falta de tasación de las pampas. La nulidad nace de que se infringieron los artículos 46 y 49 de la ley del juicio ejecutivo del año 1837 que ordena tomar como base de las posturas de las subastas públicas el valor de la tasación pericial. Consecuencia de la falta de precio es que el contrato quedó sin efecto ni causa.

En el curso del juicio, la sucesión Decombe opuso al demandante la excepción de falta de personería, ó más propiamente de personalidad, por carecer de interés, á causa de que las salitreras fueron hipotecadas por la Sociedad de Saint Marie y Lappé que había sido el dueño de ellas, y en consecuencia, don Hermann Lappé no tenía acción que ejercitar. También le opuso la excepción de cosa juzgada porque Lappé, en anterior juicio, había demandado á la Compañía Lautaro la reivindicación de las susodichas pampas salitreras y fué vencido.

Según sentencia copiada en autos, "la Lautaro" sostuvo en ese juicio que en los autos pronunciados, en la ejecución seguida por Decombe á la Sociedad de Saint Marie y Lap-

pé, se fijaron la inteligencia y alcance que debía darse á la tasación del perito Arís y el mínimum que sirvió de base á la subasta pública de las pampas y demás bienes embargados, y que las resoluciones pronunciadas habían quedado ejecutoriadas y producido cosa juzgada.

La petición de la demanda y las excepciones fueron rechazadas por el señor juez *a quo* y la Iltma. Corte de la Serena, en sentencia de 15 de junio de 1906, confirmó la de primera instancia, desechando por su parte la actual demanda de Lappé y las dos excepciones de falta de personalidad y de cosa juzgada que á ella había opuesto la sucesión Decombe.

En ambas instancias también ha figurado como parte la Compañía Salitrera Lautaro de Taltal, actual dueño de las recordadas pampas "Germania" y "Unión" y de otras.

Don Hermann Lappé y don Felipe Herrera, cesionario de cuota de los derechos de éste, entablaron recurso de casación en el fondo de la sentencia de la Iltma. Corte de la Serena, en la parte que rechazó la demanda, fundados en que se han infringido los artículos 46 y 49 de la ley del juicio ejecutivo; el 167 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 3, 1445, 1461, 1464, 1793, 1801, 1808, 1682 y 1683 del Código Civil.

La mayoría de esta Corte ha acordado el rechazo del recurso. El infrascrito ha votado por que se acepte por los siguientes fundamentos:

1º Que en el libelo de formalización se aduce entre otros motivos, que la sentencia de la Corte de la Serena al rechazar la demanda, infringió el artículo 1682 del Código Civil; porque acepta como válido un contrato de venta en el que se ha violado una ley de orden público, cual es la que fija la tramitación del juicio ejecutivo;

2º Que las sentencias de primera y segunda instancia, en la parte no reclamada han reconocido derecho á Lappé para ejercitar la acción que ha deducido, pidiendo la nulidad é ineficacia de la escritura de adjudicación del 7 de julio de 1887, otorgada en Copiapó ante el notario Vallejo á favor de don Ernesto Decombe; ya que desecharon las excepciones de su falta de personalidad y la de cosa juzgada, con motivo, ésta última, de los autos pronunciados en los juicios anteriores; y que los efectos de estas dos declaraciones ejecutoriadas é inamovibles no deben enervarse por razón alguna que conduzca á hacer ineficaz é inútil el derecho ya reconocido de Lappé para ejercitar la acción de nulidad que ventila en este juicio;

3º Que, según lo que disponen los artículos 671 número 3 y 1851 del Código Civil, las ventas forzadas que hace la justicia son un contrato en que el juez representa á la parte vendedora;

4º Que para verificar esta clase de contrato de venta forzosa, los artículos 46 y 49 de la ley del juicio ejecutivo prescribían, á la fecha en que se hizo la subasta, que el mínimum de las posturas debía comenzar por los dos tercios de la tasación hecha por un perito;

5º Que de la copia de la escritura de adjudicación y de la tasación del perito Arís, presentada como antecedente de la demanda, aparece que en la tasación de dicho perito, ascendente á $ 150.000 y pico, no estaba incluído el valor de las pampas "Germania" y "Unión" y que se remataron y adjudicaron al subastador sin estar tasadas pericialmente;

6º Que el trámite de la tasación pericial, como regla de tramitación, es ley de orden público y que el artículo 1462 del Código Civil dice "que hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno"

7º Que el 1682 del mismo Código prescribe que es nulo absolutamente el acto ó contrato en que hay objeto ilícito, ó en el que se ha omitido algún requisito ó formalidad que las leyes prescriben para el valor del acto ó contrato en consideración á la naturaleza de ellos y no á la calidad ó estado de las personas que los ejecutan ó acuerdan;

8º Que, por consiguiente, al rechazar la demanda, la Corte infringió el artículo 1682 del Código Civil; y también el 1683, que permite reclamar la nulidad absoluta en el término de treinta años; y que el demandante dice en su demanda que esta acción civil ordinaria de nulidad establecida en el citado artículo 1683 es la que ejercita en esta litis;

9º Que la Iltma. Corte ha establecido como hechos del actual juicio que las pampas "Ger-

mania" y "Unión" entraron en la tasación del perito Arís y en el remate del año 1887;

10. Que, con arreglo á lo dispuesto en los artículos 958 y 977 del Código de Procedimiento Civil, en el recurso de casación en el fondo corresponde á la Corte Suprema apreciar "el mérito de los hechos tales como se han establecido en el fallo recurrido," sin que pueda "admitir ni decretar de oficio, para mejor proveer, pruebas de ninguna clase que tiendan á establecer ó esclarecer los hechos controvertidos en el juicio en que hubiere recaído la sentencia recurrida";

11. Que "dar sentencia conforme á la ley y al mérito de los hechos, tales como se han dado en el fallo recurrido", quiere decir conforme ó en vista del mérito, valor ó alcance de los hechos por los efectos ó resultados jurídicos que produzcan;

12. Que el mérito atribuído por la Corte de la Serena á la tasación del perito es contraria á su contexto literal; porque en ella se dice que en su valor no está incluído el de las pampas, y la Corte afirma lo contrario;

13. Que en esa errada apreciación del mérito de la tasación pericial, se violó el precepto del artículo 167 del Código de Procedimiento Civil; porque se ha fallado en contra del mérito del proceso; ya que la Corte desestimó la demanda porque, á su juicio, el valor de las pampas estaba incluído en la tasación del perito, siendo que él las excluyó expresamente;

14. Que la infracción de los artículos 167 del Código de Procedimiento Civil, 46 y 49 de la ley del juicio ejecutivo y 1682 del Código Civil, han influído sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia y en consecuencia es aceptable por estas causales la casación de fondo conforme al artículo 940 del citado Código de Procedimiento Civil; y

15. Que han comparecido á este juicio: Lappé primitivo dueño de las pampas "Germania" y "Unión" que, como gestor de la Sociedad de Saint Marie y Lappé, las dió en hipoteca á don Ernesto Decombe, la sucesión de éste que las subástó, y la Compañía Lautaro actual poseedor de ellas.—*O. Rodríguez Cerda.*

———

Cas. en el fondo.—17 de agosto de 1907

Willshaw Hnos. con Fisco

Apreciación de hecho. — Ley de contrato. — Contrato; intepretación. — Compraventa. — Precio. — Pago. — Moneda chilena.—Cambio.

DOCTRINA: — *Reducida la litis á determinar la interpretación que debe darse á la estipulación de un contrato, relativa á la forma del pago del precio de ciertas mercaderías, la interpretación dada á esa cláusula por el tribunal sentenciador es una apreciación de hecho, que escapa á la censura del tribunal de casación* (1).

———

(1) Es sensible que la Excma. Corte Suprema no haya establecido con franqueza y claridad en este caso la doctrina que sustenta en orden á la cuestión tan debatida de la violación de la ley del contrato.

En diversas ocasiones esta cuestión se ha sometido á la resolución de la Corte, la que siempre ha eludido un pronunciamiento explícito, pero tal vez es éste, de todos los casos en que hasta ahora se ha suscitado, aquel en que su resolución era más ineludible y es por eso inexplicable la falta de doctrina que revela la sentencia de la Excma. Corte Suprema.

El fin más importante que persigue la institución del recurso de casación, no es el de procurar un recurso al litigante perjudicado con un fallo ilegal para conseguir su enmienda, es un fin de orden público: el mantener pura y uniforme la interpretación y aplicación de la ley. El tribunal de casación ejerce así una influencia enorme y determinante sobre la jurisprudencia entera de los tribunales del país. Contribuye también mediante el establecimiento de una doctrina clara y uniforme á la tranquilidad social, disminuyendo el número de litigios y los recursos de que se valen los litigantes.

Pero para ejercer esta benéfica influencia, para corresponder á los fines con que ha sido instituído, es necesario que el tribunal de casación establezca doctrina en sus fallos.

El intencionado silencio de la Corte de Casación sobre el punto de si la infración de la ley del contrato puede dar lugar á casación, ha de provocar sin duda innumerables recursos que el establecimiento de una doctrina franca habría evitado. De esta

En un contrato de compraventa el pago debe hacerse, bajo todo respecto, en conformidad al tenor de la obligación y cuando ésta es clara no hay para qué desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu.

Expresando el contrato que las mercaderías deben pagarse al cambio de 18 peniques por peso sólo cumple su obligación el comprador pagando en moneda esterlina, ó su equivalente estimado al cambio de 18 peniques por peso, y no pagando simplemente en pesos chilenos, sin atender al cambio, con el pretexto de que estos pesos son legalmente de 18 peniques.

Don Daniel Bello Mora, por los señores Willshaw Hermanos y Cª comerciantes y domiciliados en Valparaíso, demandando al Fisco, expone: que en el año 1896 celebraron sus mandantes con el Fisco un contrato para proveer á la Armada Nacional de ciertos artículos de consumo. Que el precio de los expresados artículos se fijó en pesos al cambio de 18 peniques por peso. Que durante algún tiempo el pago no se hizo por los comisarios de la Armada en la forma convenida, pues no se entregaban á sus representados por cada peso la cantidad de moneda que saliera, según el cambio de 18 peniques, sino otro menor; que hubo entre lo pagado y el valor efectivo de las diversas planillas que se detallan en la cuenta acompañada una diferencia de $ 92.642,45. Que sus representados han reclamado ante la Dirección General de la Armada y ante el Gobierno por la deficiencia en el pago de sus cuentas, pero el Vice-Presidente de la República, por decreto de 18 de junio de 1900, no dió lugar á dicha reclamación. Que para obtener judicialmente el reconocimiento de su derecho, entabla á nombre de los señores Willshaw Hermanos y Cª, demanda contra el Fisco, á fin de que en definitiva

---

manera se recarga también considerablemente la labor del tribunal de casación, sin provecho para nadie, y en perjuicio de la tranquilidad social.

Es necesario que la Corte Suprema manifieste con franqueza su opinión, precisamente en esas cuestiones doctrinales que deben conducir á una aplicación uniforme y correcta de la ley, porque de otro modo parece que la Corte habría fallado de un modo diverso si no existieran los antecedentes extraños á la cuestión misma, y que han servido de fundamento á la sentencia que pronuncia.

En el caso de este fallo, por ejemplo, reducida la cuestión á la intepretación de la cláusula de un contrato, el fallo de la Excma. Corte Suprema no establece doctrina alguna sobre la violación de la ley del contrato y la redacción de sus considerandos no expresa ni siquiera con claridad si se rechazó el recurso por estimar que no procede por infracción del artículo 1545 del Código Civil porque la interpretación del contrato era, á juicio de la Corte, un hecho de la causa establecido por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades privativas.

La cita que hace la sentencia en su parte resolutiva de las disposiciones de los artículos 958 y 977 del Código de Procedimiento Civil, nos inclina á creer que la mente del tribunal fué rechazar el recurso por estimar que la interpretación del contrato, hecha por el tribunal sentenciador, era un hecho de la causa, (y por eso hemos indicado esa doctrina con la salvedad de esta nota) pero es necesario que las sentencias expresen con claridad la doctrina y no la dejen subordinada á interpretaciones que pueden ser exactas y pueden ser erróneas pero que en todo caso son inseguras.

En cuanto á la afirmación del considerando cuarto del fallo, de que la apreciación hecha por la sentencia recurrida no ha infringido ninguna de las disposiciones legales invocadas en el recurso, no arroja naturalmente luz alguna sobre los verdaderos fundamentos del fallo, pues no expresa porque estima que no existen dichas infracciones ni tampoco si califica ó no de apreciación de hecho la interpretación del contrato establecida por el tribunal sentenciador.

Es de desear que la Excma. Corte Suprema manifieste cuanto antes la doctrina que sustenta en esta cuestión de derecho tan delicada y delicada que en general, en sus fallos, procure desprenderse más de los hechos secundarios y accidentales de la causa para establecer la doctrina clara y precisa que contribuya á uniformar la jurisprudencia de los tribunales de toda la República y al mantenimiento de la tranquilidad social que los fallos perturban.

O. D. I.

se declare que éste debe pagarles la cantidad de $ 92.642,45, con más los intereses corrientes ó los que correspondan, á contar desde la fecha de las planillas acompañadas.

El Director del Tesoro, en representación del Fisco, contestando la demanda, expone: que el Fisco no se obligó á entregar 18 peniques por peso porque su obligación debía solucionarse en Valparaíso y no en Inglaterra, sino que únicamente se obligó á entregar pesos chilenos del tipo legal de 18 peniques que era entonces el que la ley de conversión asignaba al oro en circulación. Que es evidente que el Fisco cumplía con su contrato en la letra y en el espíritu, entregando pesos chilenos de valor legal y real de 18 peniques. Que no es, pues, aceptable que el Gobierno ó los Tribunales de Justicia vinieran á declarar que el oro chileno no vale 18 peniques cuando hay una ley de la República que expresamente dice que ese es su valor, y lo dice porque efectivamente en cada peso oro chileno hay 18 peniques de oro esterlino, como puede verse leyendo el artículo 10 de la ley número 277 de 2 de febrero de 1895. Concluye pidiendo que no se dé lugar á la demanda.

En la réplica el demandante sostiene lo expuesto y pedido en su escrito de demanda, y agrega entre otras consideraciones: que la manera de entender el contrato celebrado entre el Fisco y su patrocinado por parte del representante fiscal, no se conforma ni con su letra, ni con su espíritu, ni con la interpretación que prácticamente le dieron las partes antes de formularse la negativa de pagar á razón de 18 peniques por peso. Que estándose á la letra de dicho contrato, se estipuló un precio, no en peso, ni en oro, ni en moneda metálica, ni un peso de 18 peniques, sino textualmente al cambio de 18 peniques por peso; ó lo que tanto da, por cada peso del precio fijados á los artículos en la nomenclatura, el consumidor, esto es el Gobierno contratante debía entregar 18 peniques en moneda corriente fiduciaria ó metálica, computada según el cambio ó por su valor real y efectivo según el cambio internacional, importando poco la existencia del régimen metálico ó el del papel moneda. Que el precio no se fijó en consideración al valor intrínseco ó legal de la moneda corriente, sino á su valor de cambio, en consideración al cambio internacional y por ello con perfecta razón el Tribunal de Cuentas en su luminoso informe de 20 de noviembre de 1899 arriba á las conclusiones que en él se expresa. Que no es exacto que el peso de oro chileno valga 18 peniques como se quiere dar á entender en la contestación á la demanda, pues ni la ley, ni el hecho le han dado jamás ese valor, y en realidad de verdad es una moneda imaginaria muy diversa del antiguo peso y sin relación alguna con los peniques ingleses, á menos que se la dé la conversión. Que la moneda sellada en Inglaterra ó Australia, llamada soberano ó comúnmente libra esterlina, tiene curso legal en Chile por trece pesos y un tercio; pero cree que á nadie se le ha ocurrido la idea de que por esto la ley no dió al peso chileno el valor de 18 peniques. El acordar curso legal al soberano y atribuirle un valor en peso, no es dividir éste en peniques ni darle el valor de 18 peniques. Que lo del peso de 18 peniques es una idea vulgar originada de las apreciaciones, cálculos ó estudios que se hacían para realizar la conversión de papel moneda en 1895, pero la ley no creó en realidad un peso de 18 peniques sino un peso relacionado con cierta cantidad de oro dentro de cierta aleación y de cierta tolerancia. Que es verdad que este peso intrínsecamente equivale muy aproximadamente á la una trece y tercia parte de un soberano, y que una trece tercia parte de un soberano equivale á 18 peniques; pero la ley no dió á esa unidad monetaria el valor de 18 peniques esterlinos, de tal manera que cuando se habla del peso chileno de 18 peniques, se habla no de algo con existencia legal sino de un valor aproximado de comparación particular con el soberano ó libra esterlina; que se equivoca de una manera lamentable el representante fiscal al sostener que el Fisco se obligó á entregar pesos chilenos del tipo legal de 18 peniques; y se equivoca también al aseverar que tal valor asignaba entonces la ley de conversión al oro en circulación. Que es extraño y no poco contradictorio el argumento aducido de contrario al sostener que el Fisco no se obligó á entregar 18 peniques por peso, porque su obligación debía solucionarse en

Valparaíso y no en Inglaterra, con lo cual se llega á la conclusión que no se podrá contratar en libras esterlinas, ni en francos, ni dollars ó pesetas. Que si por tal motivo no se obligó el Fisco á entregar 18 peniques por peso, es extraño que entre junio de 1895 y mayo de 1896, y después de julio ó agosto de 1898 y en cumplimiento del mismo contrato, entregara 18 peniques ó el valor de 18 peniques por peso, lo que hizo no sólo á su patrocinado, sino también á Wedeles y otro en esa fecha y antes en pleno régimen metálico.

Que la intención á que obedeció lo estipulado es por demás clara, pues la moneda nacional fluctuaba en valor y se trataba de la venta de mercaderías importadas y adquiridas por los vendedores en moneda esterlina, y no se quería, como es natural en un contrato cuantioso y de largo desarrollo, correr las contingencias de la variación del precio por la variación del valor de la moneda con que debía pagarse; y la inteligencia que prácticamente dieron las partes á lo estipulado, manifiesta tanto como su tenor literal y su espíritu la verdad de lo que expresa, que para los efectos del precio estipulado lo mismo era que se pagara á sus representados en papel moneda ó en metálico ya que habría de entregarse siempre pesos al cambio de 18 peniques y no pesos que valieran menos de dicha cantidad, lo cual se comprueba con el Decreto Supremo que inserta, de fecha 19 de junio de 1896. Que como pudiera observarse que no aparece del decreto á que alude que la suma mandada pagar lo fuera por diferencias entre el valor corriente del cambio de la moneda de oro y el tipo de 18 peniques, llama la atención al contenido del oficio de la Comandancia de Marina, el cual trascribe, con que se remitió la reclamación sobre la cual recayó el expresado decreto. Que, en la época en que se dictó el mencionado decreto, el régimen monetario del país no era el de papel moneda sino el metálico. Que dado lo expuesto, la reclamación que ha dado margen al presente juicio ha sido ya aceptada por el Gobierno con respecto á los pagos efectuados entre el 4 de junio de 1895 y el 22 de mayo de 1896, con lo cual se manifiesta la inteligencia que prácticamente daban al contrato en lo relacionado con el precio de los artículos de suministro, tanto el proveedor cuanto el Gobierno mismo, sus consejeros legales y las oficinas de marina. Que la cita que hace no es un hecho aislado de la administración; pues en febrero de 1896 se había dado la misma inteligencia á un contrato análogo celebrado con don Ricardo Wedeles sobre provisión de telas y otros artículos, según se comprobará con las copias que protesta acompañar.

Que el Supremo Gobierno, en su decreto que desechó su reclamación no hace sino suponer que la ley de febrero de 1895 expresa lo que no dice, é imaginar que violaría, cumpliendo honradamente un contrato, una disposición legal que jamás ha existido; y aunque dicha ley hubiera prescrito lo que se consigna en dicho decreto, lo que no ha hecho, no valía el peso de oro chileno según el cambio, 18 peniques, sino $17\frac{3}{4}$ ó $17\frac{1}{2}$ ú otra cantidad, pero no 18 y, en consecuencia, con dicha moneda no se puede pagar un precio estipulado al cambio de 18 peniques por peso. Que el considerando 7º del Decreto Supremo por el cual se rechazó la reclamación de su representado, es deprimente para la ilustración de los gobernantes del país y malamente enderezado á excusar el cumplimiento de una obligación indiscutible, ya que no podría jamás probarse que se pagó al cambio de 18 peniques, entregando pesos que valían real y efectivamente menos de esa cantidad. Que es del todo inexacto el hecho de que las planillas llevaron al todo del saldo ó de la suma la frase "oro de 18 peniques", pues ello no se desprende de los antecedentes.

Que las reclamaciones de los proveedores entre el comisario y la Comandancia General de Marina eran constantes; pero como la diferencia de cada cuenta era pequeña, el resolver el caso era largo y el perjuicio por no percibir desde luego el valor exacto ó no exacto de la cuenta grave y manifiesto, se recibía lo que se entregaba y se cancelaba para reclamar despues la diferencia, esto es, se hacía lo que antes se había hecho, sin que ello hubiera sido óbice para que el Gobierno, como lo demuestra el decreto de junio de 1896, mandara pagar las diferencias que quedaban pendientes; y si no se formalizaban protestas

ante escribanos, es porque nunca se habían hecho y porque ellas no abonaban ni perjudicaban el derecho para cobrar lo que no se pagaba y que se quedaba adeudando.

Que el Gobierno y sus oficinas pagadoras, reconocen el hecho de que el cambio en las fechas de las cuentas no alcanzaban á 18 peniques, sino que era de los tipos apuntados en la planilla presentada, como lo reconocen también que no se ha pagado á sus representados la diferencia, y, en consecuencia, el hecho de la cancelación de las cuentas no significa que los proveedores hayan recibido lo que ahora cobran, y siendo así la cuestión que queda por resolver es la de si se les adeuda ó no la diferencia á que se ha referido, y en ella nada tiene que ver la cancelación de las cuentas, y la omisión de la protesta en forma. Que la cuenta cancelada servirá para probar que nada se adeuda; pero para ello es necesario que el deudor no admita y confiese que sólo le ha pagado en parte; que la cancelación de una cuenta que no es otra cosa que el recibo dado por el acreedor, prueba la entrega de la cantidad en ella apuntada, y en el caso en cuestión, de los pesos de oro pagados por la Comisaría General de Marina; pero no prueba, ó no significa, la extinción de la obligación que le ha dado origen, si efectivamente dicha obligación no se extinguió con el pago hecho. Que su parte sostiene que el pago no se ha hecho al tenor de la obligación que reza el contrato celebrado entre sus representados y el Fisco.

En la dúplica el representante fiscal sostiene á su vez lo expuesto y pedido en su contestación, y agrega entre otras alegaciones: que toda la cuestión dilucidada en el presente juicio se reduce á precisar el alcance de la frase en pesos al cambio de 18 peniques por peso, empleada en la nomenclatura de los artículos navales á que se refiere el contrato de provisión celebrado el 21 de mayo de 1896 y que corre en copia. Que según el Fisco, con esas palabras se quiso designar y se designó trasparentemente la moneda que entonces había en circulación, esto es, al nuevo peso chileno de oro creado por la ley de 12 de febrero de 1895, llamado vulgarmente peso de 18 peniques. Que el demandante pretende que esas palabras obligan al Fisco á entregar en Valparaíso á los demandantes 18 peniques oro esterlino ó su equivalente al cambio á la vista por cada peso del contrato.

Que la regla fundamental de la interpretación de las leyes es enteramente diversa de la establecida para la interpretación de los contratos, como claramente se expresa en los artículos 19 y 1560 del Código Civil; y para interpretar el contrato no hay que encastillarse en el sentido estrictamente gramatical ó científico de sus palabras y prescindir de todo lo demás como se hace de continuo, sino que hay que inquirir ante todo cuál fue la intención con que se suscribieron sus estipulaciones, esto es, qué se quiso evidentemente decir con las palabras en pesos al cambio de 18 peniques por peso, conocida claramente esta intención deberá estarse á ella más que á lo literal de esas palabras, ello no es sólo lo que aconseja la equidad sino lo que manda terminantemente la ley; sin embargo, en el escrito de réplica se prescinde por completo de esta regla fundamental.

Que analizada gramaticalmente la frase antes expresada se presta al juego de palabras consignado de contrario; pero no basta con sólo ese análisis gramatical, ya que se trata de interpretar un contrato. Que llama la atención la frase al cambio de 18 peniques por peso, que no fué impuesta por los demandantes, sino que al contrario estaba redactada é impresa desde el año anterior en la nomenclatura de los artículos navales, como puede verse. Que salta á la vista y consta además de los informes que corren agregados á los autos, que ella se estampó con el objeto de hacer los contratos futuros de provisión para la Marina en la nueva moneda de oro nacional, esto es, en pesos llamados vulgarmente de 18 peniques, que sólo habían comenzado á circular dos meses antes, esto es, el 1º de junio de 1895, particularidad que se consigna también en otros casos, como por ejemplo la tarifa de avalúos. Que si este no fué el alcance de esa frase, llama la atención que se haya fijado 18 d. y no 24 ó 36, ya que el anterior contrato con los demandantes había sido á 24, ya que tan fijos quedaban los precios en peniques en uno como en otro caso. Que si la

Junta Económica de la Marina no pretendió decir pesos chilenos de oro de 18 peniques en las palabras empleadas por ella, es extraño que se haya dado el ímprobo trabajo de reducir de 24 peniques á 18 los precios de los 1318 artículos que figuran en la nomenclatura.

Que laintención con que el Fisco puso la frase al cambio de 18 peniques por peso y el alcance que él le atribuyó son perfectamente claros, pues quiso decirpesos chilenos de oro de los que entonces circulaban; y la intención de los contratantes está de acuerdo con la interpretación práctica que las partes mismas dieron al contrato, con el hecho de haber el Fisco entregado y los señores Willshaw Hermanos recibido durante más de dos años un peso chileno de oro por cada peso del contrato. Que según lo aseveran el Comisario y el Director de la Armada en el informe, jamás los señores Willshaw formularon protesta por los pagos verificados en las condiciones apuntadas. Si los señores Willshaw hubieren creído que se le debían 18 peniques por cada peso de su contrato, debieron á la izquierda del saldo líquido de cada una de sus cuentas escribir no de 18 peniques como lo han hecho, sino al cambio de 18 peniques, y exigir que cada una de estas cuentas se redujese á peniques al cambio á la vista por pesos chilenos oro el día de cada pago.

Que las consideraciones aducidas por el representante del demandante encaminadas á destruir el argumento aducido, carecen de base, ya que no se probará que han existido las protestas que los demandantes aseveran hicieron, durante el término del contrato, por cuanto la reclamación administrativa sólo se presentó el 20 de octubre de 1899, según aparece, ó sea cincuenta y cuatro días después de haber recibido tranquilamente el último pago y, en consecuencia, cuando ya había terminado el contrato que motivaba el mismo. Que es cierto que esa reclamación comienza reproduciendo cierta nota pasada el 31 de agosto anterior á la Comisaría de Marina en que se reclamaba; pero no lo es ménos que tanto la Comisaría como la Dirección General de la Armada desconocen haber recibido semejante solicitud, reclamo ó protesta. Que aún en el supuesto que los demandantes establecieran que habían formulado el reclamo á que se alude, ello no bastaría para invalidar el alcance de la cancelación lisa, llana, absoluta que los mismos habían puesto á todas sus cuentas anteriores durante más de dos años, ya que nadie que sólo recibe parte del precio que cobra en una cuenta la cancela sino que asienta en ella el abono respectivo. Que los decretos supremos que se citan de contrario en apoyo de sus pretensiones, no se refieren á casos semejantes al acual litigio; pues ambos han recaído con motivo de contratos hechos á un cambio dado durante la época del papel moneda, no durante la circulación metálica y queriéndose aludir evidentemente á la moneda metálica circulante como en el presente juicio; y al dictarse los decretos en referencia se mandó pagar á los señores Willshaw los artículos á que en los mismos decretos se alude como antes se les pagaba, esto es al cambio á la vista ó sea cotizando nuestro peso sólo en 17⅛ peniques ó 17¼ y no en 18, ya que los señores Wedeles y Willshaw habían contratado en el equivalente en moneda chilena pesos oro ó papel á tanto ó cuantos peniques por peso, no teniendo nada que ver dichos señores con la conversión que sin consultarlos había hecho el Gobierno de Chile después de haber contratado con ellos. Que el caso, origen del presente juicio, es completamente diverso, por cuanto el contrato á que aluden los demandantes se hizo en pleno régimen metálico, y su historia, sus antecedentes su ejecución misma demuestra claramente que la intención de los contratantes al emplear la expresión antigua—"al cambio de tantos peniques por peso"—variándola sólo en el número de los peniques, no fué tratar en peniques, sino en la moneda chilena de oro circulante, esto es, el peso de 18 peniques.

Que es exacto que la ley de 12 de febrero de 1895 no habla de peniques, como se asevera de contrario, sino de cierta cantidad de oro contenida en un cóndor, en un doblón ó en un escudo, y al definir el peso dice que es la vigésima parte de un cóndor, la décima de un doblón ó la quinta de un escudo; pero llama también la atención que el penique es una

moneda inglesa imaginaria que contiene una cierta cantidad de oro dentro de una aleación y tolerancia dada, y como esa aleación y tolerancia son exactamente iguales en las monedas inglesas y en la chilena, y el peso chileno equivale exactamente, con toda la posible exactitud á la trece una tercia parte de una libra esterlina ó sea de 240 peniques ingleses, todo el mundo dice bien que nuestro peso tiene y, por consiguiente, vale 18 peniques porque la cantidad de oro fino contenida en él es la misma contenida en 18 peniques ingleses, cuanto más que la ley del 95 al dar curso legal en Chile á las libras acuñadas en Inglaterra y Australia les fija un valor de $ 13,33. Que un peso chileno de 18 peniques no se cambia en esta ciudad por 18 peniques ingleses por más que los tenga y los valga en la propia casa de moneda de Londres, ya que para ello hay que llevarlo á dicha ciudad, y porque en el lenguaje comercial la palabra penique no significa sólo la doscientas cuarentavas partes del oro contenida en una libra ó la de dieciocho avos de un peso, sin esa misma cantidad de oro acuñada en moneda inglesa y puesta en Londres á la orden á tantos ó cuántos días vista ó simplemente á la vista, siendo, en consecuencia, natural que quien tenga 18 peniques en Santiago y los necesita en Londres pague lo que cuesta llevarlos á dicha ciudad. Que los pesos de Santiago, Valparaíso é Iquique son los mismos y valen lo mismo, y sin embargo si se remite cierta suma á Iquique hay que pagar comisión.

Que no es absurdo, como se sostiene de contrario, decir como lo ha dicho en su escrito de contestación á la demanda, que el Fisco nada adeuda á los señores Willshaw, porque lo que le debía eran pesos de 18 peniques, que fué lo que les entregó; y como la obligación se solucionaba en Valparaíso y no en Londres, nada tiene que ver sobre el cambio en dicha ciudad.

Que se estipula un cambio fijo sólo en países con papel moneda ó en aquellos con régimen monetario inestable aunque sea de oro, para prevenirse de las fluctuaciones enormes del valor del papel ó de su vuelta.

Que la estipulación de un cambio fijo de 18 peniques á nuestro peso de 18 peniques hecha en el contrato de 21 de mayo de 1896, dando á esa frase el alcance que el demandante le da en el presente juicio, no puede tener racionalmente sino un objeto, cual es precaverse contra falsificaciones futuras hechas por el Gobierno de Chile de su propia moneda, temor que abriga la convicción que jamás pasó por la mente del demandante, ya que ningún gobierno se prestaría á la adopción de precauciones semejantes contra su propio decoro y honradez.

Las partes de común acuerdo expresaron que para facilitar la resolución del juicio, han convenido en solicitar del Juzgado que se dicte pronunciamiento sobre la cuestión de fondo sin atender á la determinación precisa de la cuantía, ó sea acerca de si debe ó no el Fisco abonar las diferencias que se cobran, omitiendo por ahora pronunciarse sobre el monto de lo cobrado, pudiendo citárseles sin más trámite para sentencia.

El Juzgado dispuso oir al señor Promotor Fiscal, funcionario que evacuó su dictamen, hecho lo cual se les citó para sentencia.

Uno de los juzgados de Santiago, con fecha 11 de agosto de 1904, resolvió:

Considerando:

1º Que por el contrato celebrado el 21 de mayo de 1896, que corre en copia, los señores Willshaw Hermanos y Cª se comprometieron á proveer á la Armada Nacional de los artículos de consumo especificados en la nomenclatura, la cual forma parte integrante del expresado contrato, por los precios fijados en ella, con un descuento de 12%;

2º Que la referida nomenclatura expresa que el precio de los artículos debe pagarse al cambio de 18 peniques por peso;

3º Que los demandantes reconocen que los pagos hechos por el Fisco, dando cumplimiento al contrato expresado, se efectuaron en la moneda metálica establecida por la ley número 227 de 11 de febrero de 1895;

4º Que la suma de $ 92.642,45 que los demandantes cobran en el presente juicio, representa la diferencia entre los pesos llamados vulgarmente de 18 peniques en que se les hicieron los pagos, y el valor que á esos mismos pesos asignaban los Bancos, en la época de cada pago;

5º Que el artículo 20 de la ley citada en el considerando 3º, dió curso legal en el país á la libra esterlina sellada en Inglaterra ó Australia, y le asignó el valor de $ 13 y un tercio de peso;

6º Que, dado lo expuesto en el considerando anterior, el peso chileno creado por la ley mencionada, es una trece y tercia parte de una libra esterlina y tiene el mismo valor que 18 peniques que forman también una 13 y tercia de una libra;

7º Que la equivalencia de valor es establecida por la ley citada entre las monedas chilenas é inglesas, no es meramente arbitraria, sino que ella se deriva de la circunstancia de que ambas contienen igual cantidad de metal fino;

8º Que, en consecuencia, el Fisco, al pagar las provisiones suministradas por los demandantes á la Armada Nacional con pesos de un valor legal é intrínseco de 18 peniques, dió extricto cumplimiento á la obligación que con ellos había contraído;

9º Que no es admisible la observación aducida por los demandantes de que en la época en que se efectuaron los pagos, los Bancos cotizaban los pesos de 18 peniques, en una cantidad inferior, porque esa depreciación no provenía de que dichos pesos valieran legal é intrínsecamente menos de 18 peniques, sino que representaba el pago anticipado de la Comisión que los Bancos celebraban por trasladar esos mismos pesos á mercados extranjeros;

10. Que debiendo el Fisco hacer sus pagos en Valparaíso, en conformidad á lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 1588 del Código Civil, no tenía por qué tomar á su cargo el costo del trasporte del precio á mercados extranjeros;

11. Que, á mayor abundamiento, puede en concepto del Juzgado, deducirse de las circunstancias y antecedentes siguientes, el hecho de que los contratantes tuvieron la intención de que el pago se efectuara en la moneda equivalente á un valor de 18 peniques por peso establecida por la ley de febrero de 1895, ya citada;

a) Que el anterior contrado de provisión de artículos para la Armada, celebrado también con los señores Willshaw Hermanos y Cª, establecía que los precios debían pagarse al cambio de 24 peniques por peso;

b) Que esa estipulación tuvo, sin duda alguna, por objeto asegurar al proveedor el pago en una moneda de valor fijo y sustraerlo de esa manera de las contingencias consiguientes á las continuas é imprevistas oscilaciones á que estaba sujeto el valor de la moneda fiduciaria que circulaba en el país durante la vigencia de ese contrato;

c) Que en septiembre de 1895, antes que se celebrara el contrato materia de este juicio y tres meses después de haber comenzado á circular la moneda metálica de valor de 18 peniques, la Junta Económica de la Armada sustituyó en la nomenclatura de los artículos que constituyen la provisión de artículos navales, los pesos al cambio de 24 peniques, que figuraban en la nomenclatura anterior, por pesos al cambio de 18 peniques;

d) Que esa sustitución que debió imponer un trabajo largo y difícil ya que se trata de los precios de más de mil trescientos artículos diferentes, no pudo tener por objeto asegurar al proveedor el pago en una moneda fija, desde que es evidente que la moneda de 18 peniques goza de la misma fijeza que la de 24;

e) Que la Junta Económica de la Armada, cuando redactó la nomenclatura, tenía conocimiento que circulaba en el país moneda metálica, con determinada ley de fino y, en consecuencia, con un valor intrínseco fijo que debía reducir sus oscilaciones de valor á límites muy restringidos;

f) Que, por lo tanto, la Junta Económica no tenía por qué preocuparse de establecer en favor del proveedor una moneda de valor estable, como lo había hecho anteriormente en circunstancias que circulaba en el país el papel moneda de curso forzoso;

g) Que no es presumible que ni la Junta Económica al formar la nomenclatura, ni el Gobierno al aceptar la propuesta á los demandantes hubieran pretendido desconocer el valor asignado por la ley á la moneda en circulación, ni el valor intrínseco que daba á la misma cantidad de metal fino que contenía;

h) Que en la nomenclatura se expresó que

los precios debían pagarse en pesos al cambio de 18 peniques con anterioridad á la celebración del contrato con los señores Willshaw Hermanos y Cª, y sin intervención alguna de dichos señores;

i) Que el Comisario General de la Armada, en el informe que corre en copia, expresa textualmente: "En todas las cuentas presentadas por dichos señores Willshaw Hermanos y Cª aparece que lo que cobran son pesos de 18 peniques, puesto que el saldo líquido de lo cobrado en ellas, y al margen izquierdo del signo de pesos han colocado invariablemente la frase 18 peniques... "

j) Que los demandantes han reconocido, por lo menos tácitamente, la exactitud de los hechos aseverados en el párrafo trascrito del considerando precedente, si bien agregando que muchas de las cuentas presentadas por ellos no contenían esas frases;

k) Que es inverosímil que los demandantes, en una época en que estaba en circulación una moneda conocida con el nombre de 18 peniques, y que en realidad tenía ese valor legal é intrínseco, se sirvieran de la frase "pesos de 18 peniques" para referirse no á la moneda en circulación, sino á otra distinta.

l) Que consta de autos, que los demandantes recibieron en pago los pesos llamados de 18 peniques, y cancelaron sus cuentas sin dejar en ellas constancia de que habían recibido una suma inferior á la que se les adeudaba y sin formular protesta ó reserva alguna con motivo de dichos pagos, ya que no han establecido en autos, como lo sostienen en su escrito de réplica, que presentaron constantes reclamaciones á la Comisaría y á la Comandancia General de la Armada á consecuencia de la forma en que ellos se les hacían, apareciendo en los mismos que la única que formularon fué traída tres años después de celebrado el contrato á que se alude en la escritura en circunstancias que ya éste había terminado.

ll) Que no es presumible que los demandantes, si hubieran creído que el Fisco les adeudaba una suma tan considerable, dejaran trascurrir el lapso de tiempo expresado sin hacer gestión alguna encaminada á obtener su pago, ó por lo ménos el reconocimiento de su crédito.

12. Que conocida claramente la intención de las partes, debe estarse más á ella que á lo literal de sus palabras.

De conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores disposición y ley en ellos citada y lo ordenado en los artículos 1545, 1560, 1698, 1712 del Código Civil, 151 y 428 del de Procedimiento, se declara: que no ha lugar á la demanda que se deduce en el escrito, debiendo las costas de la causa ser pagadas por las partes en la cuota ó proporción que cada uno las hubiere causado.—*Gabriel Rencoret.*

Apelada esta sentencia, una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago falló:

Santiago, 4 de enero de 1906.—Vistos: reproduciendo la relación de los hechos de la sentencia apelada y considerando:

1º Que habiéndose pedido propuestas públicas para proveer de artículos navales á la Armada Nacional se aceptó la que presentaron los señores Willshaw, Hermanos y Cª por decreto supremo de 9 de mayo de 1896, comprometiéndose el Estado á pagar esos artículos en conformidad á la nomenclatura formada por la Junta Económica de Marina con un descuento de 12%.

2º Que en virtud de tal aceptación, se redujo á escritura pública el respectivo contrato, ajustado entre los proponentes y el Fisco, y formó parte integrante de él la expresada nomenclatura, la cual establece que las mercaderías serán abonadas al cambio de 18 peniques por peso.

3º Que acordado por las partes un precio fijo, para ponerlas á cubierto de las fluctuaciones del cambio internacional, ha debido fijarse efectivamente ese precio, sin que sea aceptable la alegación del demandado de que cumplía sus obligaciones entregando oro ú otra clase de moneda del país si ella no representaba con exactitud en las cotizaciones del mercado el valor convenido en el contrato.

4º Que se ha establecido durante el juicio sin contradicción de parte del Fisco, que las planillas acompañadas á la demanda no fueron pagadas en moneda esterlina ó su equivalente estimado al cambio de 18 peniques por peso; y no se ha objetado tampoco la veraci-

dad de las diferencias ó saldos que en dichas planillas se anotan como insolutos; y

5º Que el pago debe hacerse bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; y cuando esta es clara, como en el presente caso, no hay para qué desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu.

Por estos fundamentos y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1545, 1569 y 1698 del Código Civil, se revoca la referida sentencia de fecha 11 de agosto de 1904, y se declara que ha lugar á la demanda.

Redactada por el Ministro señor Benavente.—*J. Ignacio Larraín Z.—Darío Benavente.—R. Reyes Solar.*

El demandado interpuso recurso de casación en el fondo contra este fallo y, al formalizarlo, sostiene que se han infringido las siguientes disposiciones legales:

1º Artículo 1545 del Código Civil, por cuanto la sentencia recurrida, desconociendo la ley del contrato que regía las obligaciones mutuas entre el Fisco y la Casa Willshaw y Cª, crea para el primero, obligaciones no contempladas en él.

2º Artículo 1546 del Código Civil. El contrato á que se refiere este juicio, según la sentencia recurrida, no habría sido ejecutado por el Fisco de buena fe, ya que ha pagado por los artículos suministrados un precio inferior al convenido. Mientras tanto, el Fisco ha ajustado sus pagos, ajustándose en todo al espíritu que tuvieron las partes al celebrar el contrato y sin tratar de engañar á la persona con quien contrató.

3º Artículo 1560 del Código Civil. La violación de este precepto es manifiesta, pues, la sentencia no toma en cuenta la intención de los contratantes claramente conocida, y, fundándose en otra disposición legal, se atiene exclusivamente á lo literal de las palabras.

4º Artículo 1563 del Código Civil. Hay infracción de este artículo, porque la interpretación dada por el Fisco al contrato celebrado con la casa Willshaw es la que guarda armonía con la naturaleza de la obligación.

5º Artículo 1564 del Código Civil. Lo resuelto por la Corte contraría este precepto, porque la interpretación dada en la sentencia no guarda armonía con las demás disposiciones del contrato ni con el objetivo principal que se tuvo en mira al celebrarlo. El fallo no ha tomado en consideración el hecho de que ambas partes estuvieron de acuerdo al interpretar el contrato, ya que la casa Willshaw cobró siempre sus cuentas en oro de 18 peniques y el Fisco las pagó en esa moneda sin protesta alguna de parte del vendedor.

6º Artículos 10 y 20 de la ley de 11 de febrero de 1895. La afirmación contenida en el considerando 3º de la sentencia recurrida, importa el olvido de las disposiciones que dan curso legal en Chile á la libra esterlina sellada en Inglaterra ó Australia, asignándole el valor de $ 13⅓; y se prescinde de la circunstancia de que la equivalencia entre la moneda inglesa y chilena no es arbitraria, sino deriva la de que ambas contienen igual cantidad de metal fino.

El procurador de los demandantes, contestando el escrito de fundación del recurso, ha sostenido:

Que en el juicio no se ha ventilado sino la significación y alcance de la frase del contrato sobre precio "al cambio de 18 peniques por peso";

Que esta clase de cuestiones son de hecho, y no dan base á ninguna causal de casación;

Que la sentencia recurrida no ha violado los preceptos legales que enumera el recurrente, porque, interpretando ó aplicando un contrato en que se estipula que los pagos han de hacerse "al cambio de 18 peniques por peso" ha resuelto precisamente que se hagan los pagos á ese tipo.

Oído el dictamen de un señor Ministro.

La Corte:

Considerando:

1º Que según la cláusula 1ª del contrato celebrado el año 1896, los señores Willshaw Hnos. y Cª, se obligaron á entregar á la Armada Nacional, los artículos navales indicados en la nomenclatura respectiva, la cual establece que los precios se pagarán "al cambio de 18 peniques por peso";

2º Que de los términos en que ha sido planteado y resuelto el presente litigio, aparece que la cuestión fundamental debatida entre

el Fisco y Willshaw Hnos. y Cª, se ha reducido á determinar la interpretación que debe darse á la estipulación relativa á la forma de pago del precio de las especies suministradas por los demandantes á la Armada Nacional;

3º Que el fallo recurrido, al declarar que el pago debe hacerse al cambio de 18 peniques por peso, no en pesos de 18 peniques como lo pretende el Fisco, se ha limitado á resolver, en desacuerdo de las partes, la significación que en su concepto corresponde á las estipulaciones del contrato; y

4º Que la apreciación hecha en la sentencia recurrida, á que se refiere el considerando anterior, no ha infringido ninguna de las disposiciones legales invocadas por el Fisco al interponer el recurso.

Visto además, lo dispuesto por los artículos 958, 977 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco.

Redactada por el Ministro señor Gallardo. — *Leopoldo Urrutia.* — *José Gabriel Palma Guzmán.*—*Galvarino Gallardo.*—*Gabriel Gaete.*—*José Bernales.* — *Luis Romilio Mora.*— *Eleazar Donoso Vildósola.*

Cas. en el fondo.—2 de agosto de 1907

Severoni con Bercezio

Causa de casación.—Instrumento privado; reconocimiento.— Título ejecutivo.- Prueba. — Testigos.— Documento estendido en papel incompetente.— Papel sellado.—Multa.

DOCTRINA: *No puede fundarse un recurso de casación en una infracción legal que en caso de existir, no influiría en lo dispositivo de la sentencia.*

No puede fundarse un recurso de casación en la infracción del artículo 1702 del Código Civil si, lejos de haber sido reconocido el documento en que se funde la excepción en el juicio, fué terminantemente desconocida su firma y no fué mandado tener por reconocido.

No infringe el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil la sentencia que no acepta como prueba plena las declaraciones de dos testigos contestes, si estas declaraciones se produjeron fuera del término legal y si, además, aparecen desvirtuadas, por las declaraciones de los testigos de la parte contraria, por las posiciones absueltas por esta parte y por los antecedentes del proceso en general.

Opuesta solamente la excepción de pago á una ejecución y no la de falta de alguno de los requisitos legales para que el título tenga fuerza ejecutiva, contemplada en el artículo 485 número 7.º del Código de Procedimiento Civil, la sentencia recurrida no pudo ni debió fallar otra excepción que la única opuesta y al hacerlo no ha podido infringir dicho artículo.

La sentencia que da lugar á la ejecución y ordena el pago de la multa á la persona que presentó un documento en papel incompetente, no infringe los artículos 462 y 485 número 7º del Código de Procedimiento Civil, ni los artículos 8 y 11 de la ley de 1º septiembre de 1874 si el ejecutado no reclamó del mandamiento de ejecución y sólo opuso la excepción de pago y no las del artículo 485 número 7º y si sólo estando la causa en estado de sentencia observó que el documento habría sido extendido en papel sellado del bienio anterior al de su fecha.

Don Vicente Severoni, preparando ejecución contra don Luis Bercezio, solicitó en 10 de

agosto de 1903, que éste reconociera la firma que con su nombre y apellido, aparecía en un pagaré á favor del primero, por la cantidad te $ 818 36 y extendido en papel sellado del bienio anterior al de la fecha en que se firmó.

Citado á este efecto el deudor, en 22 de julio de 1904, presentó escrito, en el cual sustancialmente expuso: que en realidad contrajo la obligación de que se trata; pero que como no tenía, por el momento, dinero disponible para hacer el pago, esperaba que don Vicente Severoni le concediese el plazo de uno ó dos meses para verificarlo.

Se ordenó poner esta solicitud en conocimiento del ejecutante, y después de haberse dado por reconocida la firma del documento, en rebeldía del demandado, de haberse despachado mandamiento de ejecución y procedidose al requerimiento y embargo respectivo, desaparecida esta última diligencia de la secretaría, hubo necesidad de practicarla nuevamente, oponiéndose sólo entonces el ejecutado con la excepción de pago de la deuda, para cuya justificación acompañó un recibo.

El ejecutante desconoció que hubiese recibido tal pago y la firma con que aparece suscrito el documento.—Dice que es falso el recibo acompañado y falso también que haya recibido cantidad alguna por el documento.

Recibida la causa á prueba y después de tramitada en forma legal hasta ponerse en estado de sentencia, el ejecutado presentó para que se tuviese presente un escrito, en el cual entre otras observaciones, hace, por primera vez, la de que el documento está extendido en papel incompetente y sin haberse pagado la contribución respectiva.

Se pronunció sentencia de 13 de mayo de 1905 por el Juzgado de San Fernando, sentencia que en su parte fundamental y dispositiva dice así.

Teniendo presente:

1º Que en este caso el acreedor ha negado ser suya la firma que con su nombre y apellido aparece en el recibo presentado á efecto de comprobar la excepción de pago de la deuda alegada por el deudor;

2º Que en órden á la comprobación misma de esa excepción se ha rendido la prueba testimonial que corre en autos al tenor del auto de prueba;

3º Que siendo como es de más de $ 200 la obligación que se cobra en la demanda ejecutiva, la prueba de testigos es inadmisible para acreditar la excepción referida, según así se desprende de lo dispuesto en los artículos 1709 y 1710 del Código Civil;

4º Que si bien es cierto que la obligación de que se trata, aparece en papel del bienio anterior al de su fecha, también lo es que la excepción respectiva derivada de esa circunstancia no ha sido alegada por el deudor, como quiera que no puede considerarse como tal excepción la frase entre líneas que se ve, toda vez que ni contiene las particularidades que expresamente se determinan en el artículo 486 del Código de Procedimiento Civil, ni corresponde á la verdadera excepción que no sería de ese hecho, ó sea á la del número 7º del artículo 485 del Código de Procedimiento citado, en el caso de aceptarla;

5º Que todavía, según se desprende del mérito general de los antecedentes, la frase referida ha sido puesta con posterioridad á auto de prueba y consiguientemente fuera del término legal para poder considerarla como excepción á la ejecución.

Visto lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil citado, se declara sin lugar la excepción alegada, debiendo llevarse adelante la ejecución hasta hacer cumplido pago de la deuda, intereses legales y costas.

La parte que ha exhibido el documento pagará por vía de multa el 5% del valor total en él expresado.—*José Astroza.*

Apelada esta sentencia por el ejecutado, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 9 de julio de 1905, resolvió:

Vistos: se confirma la sentencia apelada de 13 de mayo de 1905, con costas del recurso.

El juez de la causa cuidará de hacer efectivo el pago de la multa ordenada en la parte final de la sentencia confirmada.—*J. Bernales.—Darío Benavente.—José T. Marín.—Felipe Herrera.*

Contra esta sentencia la misma parte ejecutada interpuso recurso de casación en el fondo, exponiendo, en síntesis, al formalizarlo

La sentencia recurrida, al desechar la excepción de pago, viola la disposición del ar-

tículo 1702 del Código Civil, que dispone que el instrumento privado reconocido por la parte á quien se opone ó que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen ó se reputan haberlo suscrito; el 1711 que acepta la prueba de testigos cuando hay un principio de prueba por escrito; la regla 2ª del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, que establece que las declaracione de dos ó más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que dan razón de sus dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba contraria, la regla 4ª del artículo 335 del citado Código de Procedimiento, que establece que los instrumentos privados se tendrán por reconocidos cuando se declare autenticidad del instrumento por resolución judicial; y 344 del mismo Código, que prescribe que en el incidente sobre autenticidad de un instrumento se admitirán, como medios probatorios, además del cotejo los que las leyes autoricen para la prueba del fraude entre los cuales, agrega el recurrente, se comprende la prueba de testigos.

La misma sentencia ha infringido también los artículos 8º y 11 de la ley de 1º de septiembre de 1874, el primero de los cuales dispone que el documento que no se otorgue en papel sellado competente no tendrá en ningún caso mérito ejecutivo, y para ser presentado, para otros efectos, ante la justicia ú otra autoridad pública, deberá pagar el veinte veces tanto del impuesto correspondiente, y castiga el segundo, con multa, al funcionario público que admita en su despacho documentos en que no se hayan llenado las formalidades y prescripciones de dicha ley.

Por último, la misma sentencia recurrida, infringe además "los artículos 485 número 73 y 462 del Código de Procedimiento Civil", pues debiendo el juez examinar el título para despachar ó derogar el mandamiento y habiendo visto que le faltaba al documento, base de la ejecución, el pago del impuesto, no debió despacharlo.

Fundando el recurso ante esta Corte, repite el recurrente lo expuesto en el escrito en que lo formalizó, y, respondiendo la parte contraria, hace algunas observaciones tendentes á desvirtuarlos consignados por aquel.

Se expidió el dictamen del Ministro á quien correspondió informar, y

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que requerido de pago el ejecutado, sólo se opuso la ejecución con la excepción de pago de la deuda, fundada en el recibo que, en documento privado, presentó al efecto, recibo que hoy se encuentra de los autos;

2º Que habiendo desconocido el ejecutante tanto la firma de ese documento como la efectividad del pago á que él se refiere, la sentencia de primera instancia, confirmada sin modificación por la recurrida, desechó esa excepción fundándose en que siendo de más de $ 200 la obligación que se cobra en la demanda ejecutiva, la prueba de testigos es inadmisible para acreditar la excepción referida, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 1709 y 1710 del Código Civil;

3º Que cualquiera que sea la aplicación que, al caso del litigio, pudiera tener esta doctrina legal, la infracción del artículo 1711 del citado Código en que se funda el recurso, en la hipótesis de existir, no influiría en lo dispositivo de la sentencia misma tanto porque la prueba de dos testigos rendida al efecto por el ejecutado, se produjo fuera del termino legal, pues verificada la última notificación del auto que recibió la causa á prueba, el día catorce de noviembre de 1904, en San Fernando sólo se recibieron esas declaraciones, en Santiago el día 21 de diciembre del mismo año cuanto porque prescindiendo aún de esta circunstancia y apreciando la prueba testimonial rendida por una y otra parte, las posiciones absueltas por el ejecutado y el mérito general de los antecedentes del proceso, no aparecería justificada la excepción;

4º Que de los otros artículos del Código Civil en cuya infracción se funda también el recurso no aparece la del artículo 1702 del primero de estos Códigos que dispone que:

"*a*) El instrumento privado, reconocido por la parte á quien se opuso, ó que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por ley, tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen ó se reputan haberlo suscrito".....,

pues léjos de haber sido reconocido el documento en que se apoya la excepción, fué terminantemente desconocida la firma con que él se encuentra suscrito y no existe en autos antecedente alguno respecto á que se haya mandado tener por reconocido.

b) La regla 2.ª del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, que establece que las declaraciones "de dos ó más testigos contestes en el hecho y en sus circunstancias esenciales, sin tacha, legalmente examinados y que den razón de dichos, podrá constituir prueba plena cuando no haya sido desvirtuada por otra prueba contraria", pues ya se ha dicho que la declaración de los dos testigos presentados por el ejecutado se produjo fuera del término legal y que todavía esas declaraciones aparecen desvirtuadas tanto por las otras declaraciones de los testigos de la parte contraria como por las posiciones absueltas por el ejecutado y por los antecedentes del proceso en general;

c) La regla 4ª del artículo 335 del mismo Código de Procedimiento Civil, que prescribe que los instrumentos privados se tendrán por reconocidos cuando se declare la "autenticidad del instrumento por resolución judicial", pues ni el recurrente ha manifestado cual es esa resolusión, ni en autos aparece alguna de la cual pudiera siquiera deducirse tal declaración;

d) El artículo 344 del Código citado, que ordena que "en el incidente sobre autenticidad de un instrumento....., se admitirán como medios probatorios", además del cotejo, "los que las leyes autoricen para la prueba del fraude", entre los cuales, agrega el recurrente, se comprende la prueba de testigos, pues además de lo expuesto, á este respecto, en el considerando 3º, se ha manifestado en este mismo considerando 4º lo que existe en autos acerca de la declaración de los dos testigos del ejecutado;

5º Que el ejecutado se opuso á la ejecución solamente con la excepción de pago y no con la que consigna el número 7º del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil. es decir, "la falta de alguno de los requisitos ó condiciones establecidas por las leyes para que dicho título tenga fuerza ejecutiva, sea absolutamente, sea con relación al demandado" y, por consiguiente, la sentencia recurrida no pudo ni debió fallar otra excepción que la única opuesta como así lo hizo.—Y si bien, estando la causa en estado de sentencia, observó el ejecutado que el documento había sido extendido en papel sellado del bienio anterior al de su fecha y no había, por tanto, pagado la contribución respectiva, esta última circunstancia que fué contradicha por el ejecutante y que debía ser materia de una resolución, fué tomada en cuenta en la sentencia respectiva, ordenándose en ella que la parte que presentó el documento, pagase por vía de multa el 5% del valor total en él expresado.

6º Que todavía respecto de esta misma cuestión, relativa al impuesto que podía adeudar el documento, la sala respectiva de la Corte de Apelaciones, después de oir al señor Fiscal, ordenó en la resolución de 7 de diciembre de 1905, que se pagase la contribución y multa que adeudaba el citado documento, consignándose entonces, con tal objeto, á la orden judicial, la boleta y reiterándose más tarde por la misma Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, al pronunciarse sobre el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, que el juez de la causa cuidará de hacer efectivo el pago de la multa impuesta en la parte final de la sentencia confirmada;

7º Que de lo expuesto en los dos considerandos anteriores aparece que no existe la infracción del artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, en su número 7º, al cual sin duda ha querido referirse el recurrente al citar el número 73, ya que no se opuso tal excepción ni por consiguiente se falló, ni del artículo 462 del mismo Código, pues, extendido el documento en papel sellado en que aparentemente podría juzgarse pagada la contribución, no fué reclamada la resolución que ordenó despachar mandamiento de

ejecución, y, al contrario, se aceptó el procedimiento, oponiendo la excepción de pago y dejando de oponer la del número 7º del citado artículo 485;

8º Que asimismo no aparece tampoco la violación de los artículos 8º y 11 de la ley de 1º de septiembre de 1874 ya que, como se ha expuesto en el considerando anterior y en el que le precede, el auto que ordené despachar el mandamiento de ejecución, fue consentido, y, aún sin tomar para nada en cuenta las modificaciones que á la citada ley hiciera la de 15 de enero de 1898, la sentencia recurrida resolvió el litigio tal como las partes lo presentaron, fallando la única excepción opuesta, y ordenando el pago de la contribución y multa correspondientes.

Visto además lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar, con costas, el recurso de casación interpuesto.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad de $ 150 consignada al efecto.

Redactada por el Ministro señor Gaete.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre Vargas.—Leoncio Rodríguez.—L. Vial Ugarte.*

JURISPRUDENCIA

SECCION PRIMERA

CORTE SUPREMA

Cas. en el fondo.—19 de agosto de 1907
Recurso de nulidad —22 de agosto de 1903

Mena con Municipalidad de Valparaíso

Nulidad.- Competencia.—Juicio de hacienda. — Expropiación.—Avalúo; reclamación —Prescripción; interrupción civil.- Causal de casación

DOCTRINA: *Es nula por haber sido dictado por tribunal incompetente la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en 26 de diciembre de 1902, en causa en que el Fisco tenía un interés directo y positivo, porque según lo dispuesto por la ley de 19 de enero de 1889, artículo 15, la Corte Suprema debía continuar conociendo de las causas de hacienda, jurisdicción que mantenía en esa fecha.* (1)

Fijado por una ley de expropiación el plazo de veinte días para reclamar del avalúo practicado y reclamado oportunamente este avalúo, si el reclamante deja trascurrir más de cuatro años sin proseguir en la tramitación del juicio, prescribe su acción y no puede alegar la interrupción de la prescripción en conformidad al artículo 2503 del Código Civil.

No puede fundarse un recurso de casación en la infracción de disposiciones legales que no sólo no se han aplicado en el fallo recurrido sino que ni siquiera se han citado en él.

— —

En las gestiones practicadas por la Empresa de Agua Potable de Peñuelas, para expropiar los terrenos de particulares que necesitaba, se procedió á la tasación y se puso el resultado en conocimiento de los interesados.

Notificado el avalúo don Marcelo A. Mena

(1) El conocimiento de las causas de hacienda fué atribuído á la Corte de Apelaciones de Santiago por ley de 28 de agosto de 1902 aprobatoria del Código de Procedimiento Civil, ley que comenzó á regir el 1.° de marzo de 1903.

por la parte que le afectaba, reclamó dentro del término establecido por la ley y solicitó el nombramiento de un perito por parte del expropiante, para que, procediendo con el que designaba en su presentación, se practicase una tasación circunstanciada.

El juzgado ordenó en 27 de julio de 1895 que se acompañaran previamente los antecedentes en que se fundaba la reclamación, orden que se dejó sin cumplimiento, hasta que en 24 de noviembre de 1900, solicitó Mena que se pidieran á la Intendencia donde se encontraban.

Agregados á los autos copias de los antecedentes, se pidió nuevamente por el reclamante Mena que se citara á comparendo para proceder al nombramiento de perito y hacer nueva tasación.

El Gerente de la Empresa de Agua Potable de Valparaíso opuso á esta solicitud la excepción de prescripción por haber abandonado por más de tres años su reclamación, por lo cual pidió que, aceptándose la excepción opuesta, se declare que don Marcelo A. Mena está obligado á aceptar la tasación de sus terrenos, en conformidad al decreto de la Intendencia de Valparaíso de 28 de junio de 1895.

Oída la respuesta y previo dictamen del Promotor Fiscal el juzgado resolvió:

Valparaíso, 11 de marzo de 1902.—Vistos con lo expuesto, por las partes, atendido el mérito de autos, oído el dictamen del señor Promotor Fiscal y vistos los artículos 2492, 2514 y 2503 número 2º del Código Civil, 2º de la ley de 3 de enero de 1873 y 4º de la de 18 de junio de 1857, se declara prescrita la acción intentada en estos autos por don Marcelo A. Mena y ha lugar, en consecuencia, á lo que pide el representante de la Empresa de Agua Potable de Valparaíso en el escrito.—*A. Bezanilla Silva.*

Apelada esta sentencia la Corte de Apelaciones resolvió:

Valparaíso, 26 de diciembre de 1902.—Vistos: Se confirma la resolución apelada de 11 de marzo último, con costas del recurso.

Acordada por unanimidad, y después de haberse desechado la indicación previa del señor Ministro Pineda para que se suspendiesen los efectos del auto apelado y se repusiese la causa al estado de notificarse á la Municipalidad de Valparaíso el decreto de 18 de julio de 1901, por el cual se citó á las partes á comparendo para el nombramiento de peritos.

Consigna los fundamentos de su indicación en el libro de acuerdos.—*Moreno.—L. Rodríguez.—L. F. Silva.—Pineda.*

Don Marcelo A. Mena dijo de nulidad de la sentencia fundado en las causales siguientes:

1º La sentencia es nula por haber conocido el Tribunal con manifiesta incompetencia, causal establecida en el número 1º del artículo 2º de la ley de 1º de marzo de 1837;

2º Por no haberse recibido la causa á prueba siendo la cuestión de hecho, ni estar calificada de otro modo en el proceso, y siendo su esclarecimiento absolutamente necesario para fallar, causal mencionada por el número 4º del citado artículo;

3º No haberse citado á las partes para oir sentencia definitiva, número 74º del mismo artículo;

4º No haberse citado á la parte para la vista de la causa y pronunciamiento de la sentencia aún cuando esta fuera interlocutoria y el juicio sumario, número 10 del mismo artículo; y

5º Finalmente por no haberse comunicado á la Municipalidad traslado de la gestión formulada por la Empresa de Peñuelas, causal establecida también por el número 2º del citado artículo 2º de la ley de nulidades.

Agrega, por último, que la Municipalidad, única interesada en la causa, pues la Empresa de Peñuelas pertenece á la ciudad de Valparaíso, no fué oída ni citada para ninguna de las actuaciones de primera instancia, porque considera que la ratificación que se pretendió hacer en estrados es ilegal y viciosa.

Funda la primera causal, de haber conocido el tribunal de alzada con manifiesta incompetencia, en que siendo la causa de hacienda, no sólo por figurar en ella como parte directa el Fisco, sino porque tratándose de obligaciones que deben satisfacerse con dineros fiscales, ha debido ser juzgado este asunto por la Corte Suprema.

La ley de 19 de enero de 1889 y la de 2 de febrero de 1892, en sus artículos 15 y 8 inciso

2º respectivamente, atribuyen exclusivamente á la Corte Suprema las causas de hacienda, excluyendo por consiguiente de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones las causas en que tenga interés el Fisco.

Así se ve que la prescripción, acogida en su sentencia por el tribunal de alzada, ha sido alegada por el representante fiscal de la Empresa de Peñuelas, y no por la Municipalidad que ni aún fué oída en la tramitación de la instancia.

Aun cuando pudiera decirse que la Empresa de Peñuelas fué primitivamente de la Municipalidad, el Fisco se ha sustituído á ella por ley posterior, y es el Fisco quien está obligado á satisfacer las deudas y gastos que se ocasionen.

La ley tampoco hace destinción, en que el derecho fiscal sea originariamente propio ó provenga de una institución, para considerar como causas de hacienda aquellas en que aparece el interés fiscal, basta para ello que aparezca ese interés para su calificación y determinar en consecuencia la jurisdicción del tribunal al cual la ley atribuye el conocimiento de esta clase de causas. Fallando el recurso, con fecha 22 de agosto de 1903,

La Corte:

Considerando:

Que según lo dispuesto en las leyes de 15 de septiembre de 1897 y de 20 de enero de 1898 y decreto supremo de 25 de enero de 1898, dictado para poner en ejecución dichas leyes, el Fisco tiene un interés directo y positivo en la Empresa de Peñuelas, y es él quien está á cargo de esa empresa, ha hecho los gastos para llevarla á término, encontrándose por consiguiente comprometida en esta Empresa la hacienda pública.

Que, según lo dispuesto en la ley de 19 de enero de 1889 artículo 15 la Corte Suprema debe continuar conociendo de las causas de hacienda, jurisdicción que mantenía á la fecha en que fué pronunciada la sentencia de que se dice de nulidad.

Que, aunque la Corte de Apelaciones de Valparaíso previa vista de su fiscal, se consideró competente para conocer en esta causa, su resolución no puede privar á la Corte Suprema de la jurisdicción que le atribuye la ley.

Que para resolver las cuestiones sobre competencia de la Corte Suprema, es este tribunal el único que puede resolver sobre su propia competencia.

Que aceptada la primera causal de nulidad es inoficioso pronunciarse sobre las demás en que se funda el recurso.

En mérito de estas consideraciones, se declara que hay nulidad por haber el tribunal conocido con manifiesta incompetencia, causal de nulidad establecida por el número 1º del artículo 2º, 6º, 13 i 17 de la ley de 1º de marzo de 1837. En consecuencia, se repone el proceso al estado de autos para sentencia. Póngase esta resolución en conocimiento del señor Fiscal y devuélvase á la parte la multa consignada. — *J. Gabriel Palma Guzmán.—Carlos Varas.—José Alejo Fernández.—J. Bernales.*

Anulado en esta forma el fallo de la Corte de Valparaíso, y en vista de lo dispuesto en el artículo 5º de la ley de 28 de agosto de 1902, pasó la causa para su resolución á la Corte de Apelaciones de Santiago, la que dictó el siguiente fallo:

Santiago, 25 de noviembre de 1904.—Vistos: Teniendo además presente que si bien la presentación, de don Marcelo Mena se hizo oportunamente, también lo es que se dejó trascurrir más de cuatro años sin hacérse gestión alguna á fin de notificar legalmente aquella presentación al representante de la Empresa de Peñuelas, diligencia necesaria para interrumpir la prescripción, según lo dispuesto en el artículo 2503 del Código Civil, se confirma con costas del recurso, la resolución apelada de 11 de marzo de 1902.—*Luis R. Mora.—Ricardo Reyes Solar.—Elías de la Cruz.*

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación en el fondo don Marcelo A. Mena.

Formalizándolo se refiere á lo expuesto en el escrito en que lo anunció, en el cual dice que rec amó dentro del término de veinte días que fija la ley del avalúo de los hombres buenos, por lo que no ha podido prescribir su derecho para seguir adelante este juicio, ni podrá oponérsele la prescripción por no haberse agitado durante el tiempo de tres ó más

años, siempre que ese derecho no haya prescrito en conformidad á las leyes generales.

La acción ejercitada por Mena del plazo señalado por la ley de 1857 es una acción ordinaria que prescribe en veinte años según el precepto del artículo 2515 del Código Civil.

Al resolver la sentencia que ha prescrito su derecho por haber paralizado sus gestiones por más de tres años, ha violado la disposición del artículo citado, que sólo da lugar á la prescripción después de un abandono de veinte años.

La sentencia ha violado también las disposiciones de los artículos 159 y 160 del Código de Procedimiento Civil dándoles un efecto retroactivo, porque la paralización de las gestiones tuvo lugar antes de la fecha en que empezó á regir este Código.

Fundando el recurso se refiere á lo que ha dejado expuesto al formalizarlo.

El Director del Tesoro, respondiendo, dice: que don Marcelo A. Mena hizo su reclamación del avalúo dentro del plazo, pero que dejó pasar más de tres años sin agitarlo y sin notificar al expropiante su presentación, por lo que debe considerarse de conformidad á los números 1 y 2 del artículo 2503 del Código Civil que no ha habido interrupción del plazo para prescribir, tanto por no haber cesado en la prosecución de su reclamación por más de tres años, por lo que pide se declare sin lugar el recurso.

Se oyó al señor Ministro á quien correspondía dictaminar, y

La Corte:

Considerando:

Que aunque don Marcelo A. Mena reclamó de la tasación de los hombres buenos dentro del plazo de veinte días después que le fué notificada, no hizo gestión alguna posterior para notificarla á la Empresa hasta después de trascurridos más de tres años en que se presentó, el 18 de julio de 1901 con el escrito pidiendo fijación de día y hora para que tuviera lugar el nombramiento de peritos.

Que habiéndose dejado trascurrir el plazo fijado por la ley para que pudiera hacerse válidamente la reclamación, don Marcelo A. Mena ha perdido su derecho para ser oído sobre ella, y "debe tenerse irrevocablemente por buena" la tasación conforme á lo dispuesto por el inciso final del artículo 3º de la ley de 18 de junio de 1857.

Que, aún dado caso que la presentación del escrito de reclamación fuera bastante para interrumpir la prescripción establecida por la ley, esta interrupción deja de producir efecto si la notificación no se ha hecho en forma legal; ó si el recurrente cesó en la prosecución por más de tres años, y en el caso actual la sentencia recurrida ha dado por establecido el hecho de que el reclamante dejó trascurrir más de cuatro años sin que se hiciera gestión alguna á fin de notificar legalmente esa presentación.

Que de lo expuesto en los considerandos que preceden, resulta que han sido correctamente aplicadas las disposiciones legales que sirven de fundamento á la sentencia recurrida y que por consiguiente no hay mérito para dar lugar á la casación.

Que la sentencia no sólo no ha hecho aplicación de lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del Código de Procedimiento Civil para declarar prescrita la acción, sino que ni aún ha hecho mención de tales disposiciones que por lo demás eran innecesarias para resolver la cuestión materia de la demanda.

En mérito de estas consideraciones y disposiciones legales citadas, artículo 2503 inciso 1º y 2º y artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisible el recurso, con costas.

Aplícase á beneficio fiscal la cantidad consignada.

Redactada por el Ministro señor Palma Guzmán.

Acordada contra el voto de los señores Presidente Varas y Ministro Castillo quienes fueron de opinión que se diera lugar al recurso por los fundamentos que consignan en el libro de votos.—*Carlos Varas.—Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—D. Bernales.—Eduardo Castillo.*

Cas. en el fondo.—23 de agosto de 1907

Bustamante con Compañía Inglesa de Vapores

Competencia.—Apelación en ambos efectos.—Prescripción.—Apreciación de los hechos.—Plazo de prescripción.—Días feriados.

DOCTRINA:—*Concedida la apelación en ambos efectos y devueltos los autos á primera instancia para la agregación de ciertos documentos, es competente el tribunal inferior para entender en las gestiones que se hicieren para declarar prescrita la apelación, por haber trascurrido más de un año sin que se hiciera gestión alguna para que el recurso se llevara á efecto y quedara en estado de fallarse por el superior.*

Es un hecho de la causa, establecido por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades privativas, el de que las partes en un juicio dejaron pasar más de un año sin hacer gestión alguna para que una apelación se llevara á efecto. Esta apreciación, aún en el supuesto de ser equivocada, es un antecedente inamovible para el tribunal de casación.

A mayor abundamiento, en el supuesto de no haber trascurrido ese plazo si se descontaran los días feriados, como pretende el recurrente, el recurso sería en todo caso improcedente porque sólo se fundó en la infracción de los artículos 214 y 234 del Código de Procedimiento Civil, y no en la del artículo 69 de ese Código que sería el único pertinente.

Don José Bustamante demandó ante uno de los Juzgado de Valparaíso á la Compania Inglesa de Vapores, diciendo: que el 28 de marzo de 1901 contrató con ella el transporte á Valparaíso, desde Antofagasta, de 1.622 bultos, botellas vacías, por el flete de $ 508,70 oro; que aquí la Compañía no le quiso entregar la mercadería mientras no depositase en $ 1.300 en garantía del valor del flete y descarga; que aún hecho este depósito, tampoco le quiso entregar el todo sino sólo 1.472 de los bultos embarcados, faltándole, por tanto, 1.155; y que, en consecuencia, demanda á la Compañía á fin de que se declare que, dentro de tercero día debe: 1º entregarle los bultos que faltan de los trasportados conforme al conocimiento acompañado y cuyo valor total es más ó menos de $ 2.350, estimando en $ 17,20 cada bulto; 2º devolverle el exceso de dinero que le entregó en garantía del flete y descarga, diferencia que, según anotación del conocimiento asciende como á $ 760; y 3º indemnizarle los daños y perjuicios que le ha causado con sus procedimientos y dilaciones, los que estima ahora en $ 1.500.

Después de establecerse que en la demanda se solicita en primer término la entrega de los bultos aún no entregados y subsidiariamente su valor fijado conforme á la apreciación del demandante ó como el Juzgado lo crea conveniente, don Ezequiel Camus Valdés, por la Compañía Inglesa de Vapores, contestó la demanda aceptando substancialmente los hechos en que se funda, pero agregando que el desacuerdo con el demandante provino de que los sacos resultaron de mayor peso que el de 48 kilos cada uno declarado, y sujetos, por consiguiente, á doble flete por el exceso, y de que pasada la cuenta con arreglo á ese mayor peso y sus efectos, Bustamante no quiso aceptarla ni tampoco devolver el conocimiento cancelado, por lo cual el resto de los bultos quedó en poder de la Compañía. En cuanto á los pretendidos perjuicios, el demandado declina toda responsabilidad, desde que, si algunos se hubieran producido, tendrían su origen en la negativa del demandante para recibir los bultos después de satisfacer las exigencias de la Compañía.

Durante el juicio se vendió ese resto de carga por no querer recibirlo el demandante, alegando hallarse en mal estado los bultos, y la venta produjo la suma líquida de $ 374, que quedaron en poder de la Compañía.

Rendida la prueba, el demandante tachó á los testigos de la contraria Miguel Martínez, Samuel Cañas, Eduardo Forroused y Eugenio Cumming, por ser todos ellos interesados en la causa, como gerente el primero y empleados los demás, de la Compañía de Trasportes Marítimos, con quien la de Vapores contrató la descarga de los bultos, según su peso, conviniéndoles por lo tanto asignar á éstos el mayor peso posible para aumentar sus comisiones. El demandante respondió reconociendo que los testigos eran empleados de la Compañía de Trasportes Marítimos; pero negando fueran interesados en la causa, puesto que esta Compañía era distinta de la de Vapores, y en todo caso, eran empleados de una sociedad anónima.

El Juzgado, con fecha 26 de diciembre de 1903, resolvió:

Considerando en cuanto á las tachas: que el interés de los testigos de cobrar por su trabajo en proporción al peso de las mercaderías desembarcadas, es interés distinto é independiente del de la Compañía Inglesa de Vapores, por el transporte de ellas desde Antofagasta á Valparaíso; á lo que se agrega que los testigos no eran dependientes del demandado cuando prestaron aquel trabajo y menos cuando prestaron sus declaraciones.

Considerando en cuanto al fondo de la causa:

1º Que todo retardo en la entrega, ó pérdida ó averías de las especies trasportadas, se presume ocurrida por culpa del acarreador, llámese éste arriero, carretero barquero o naviero, salvo las excepciones legales ó lo estipulado en contrario por los contratantes;

2º Que el retardo fué inmotivado de parte de la Compañía, por cuanto no ha probado que el cargador se resistiera á devolverle los conocimientos cancelados después de la total entrega de la carga, único caso, no verificado, en que la Compañía podía exigir la cancelación;

3º Que ni aún existiendo resistencia del cargador, habría estado facultada la Compañía para retener de hecho sin intervención de la justicia, como lo hizo, tanto menos cuanto que el cargador le había anticipado cantidad de dinero bastante para responder con exceso por todos los fletes debidos y los gastos;

4º Que tampoco ha demostrado la Compañía que la pérdida ó avería de parte de la carga ocurriese en forma de excusar su responsabilidad;

5º Que en orden al peso de la mercadería debe estarse al de 48 kilos por saco, declarado bajo la firma del capitán en el conocimiento, que es la regla del contrato, salvo prueba de fraude ó colusión que aquí no ha existido.

6º Que si bien en el conocimiento la Compañía se reserva verificar el peso, y resultando mayor, penar el exceso con flete doble; sin embargo, esa estipulación, por el hecho de poder producir en su ejercicio una alteración con sanción penal en lo establecido antes, no debe entenderse como facultativa de un acto exclusivo de la Compañía, que es una sola de las partes, sino que ha de llevarse á cabo la verificación con la concurrencia de ambas ó de la justicia en defecto de los inasistentes; procedimiento que no aparece haberse empleado en el presente caso;

7º Que esta inteligencia de la estipulación aludida se halla confirmada por su tenor literal mismo, pues dice que la verificación del peso se hará por el capitán ó su agente en el momento de la entrega de la carga, acto que presupone la concurrencia simultánea de detante y cargador ó persona á quien incumbe recibir;

8º Que á pesar de haberse litigado sobre los perjuicios que cobra el demandante, no se ha probado su especie y monto, ni se han establecido bases tendientes á permitir apreciarlos al ejecutarse la sentencia;

Visto lo dispuesto en la ley 18, título 16, parte 3ª; en los artículos 1551, 1559, 1698, 2013, 2015 y 2016 del Código Civil; 2, 906, número 3º, 1003, 1034, 1058 y 1061 del de Comercio; y 151, 196 y 389 del de Procedimiento Civil, se resuelve:

1º No ha lugar á las tachas;

2º Que ha lugar á la demanda con las siguientes declaraciones:

a) Que la Compañía debe devolver al demandante, no los 155 sacos botellas vacías, sino su precio, y que, de los $ 1.300 entregados para responder al flete y gastos, debe res-

tituirle igualmente el exceso que resulte después de deducirse el importe de tales fletes y gastos, sin computarse en éstos últimos la parte proporcional correspondiente á aquellos 155 sacos;

b) Que los valores que acaban de referirse serán fijados por el Juzgado previo informe de un perito, y sobre el total resultante la Compañía abonará intereses legales á contar desde la notificación de la demanda;

c) Que no ha lugar por lo demás, á la indemnización de perjuicios que reclama el demandante.—*José R. Guzmán.*

Apelada esta sentencia por la Compañía Inglesa de Vapores y elevado el proceso á la Corte de Apelaciones de Valparaíso, dispuso este tribunal que se entregara al apelante, para los efectos del trámite de expresión de agravios.

Durante este acto de substanciación de la segunda instancia, se presentó la Compañía de Vapores, exponiendo en su escrito que al determinar los agravios que la mencionada sentencia le infiere, notó que faltaban en los autos las piezas que en dicho escrito enumera. Por ser esenciales para su defensa las diligencias á que esas piezas se refieren, pide que, suspendiéndose entre tanto el decreto que mandó expresar agravios, se devuelvan los autos á primera instancia, á fin deque el Juez *a quo* ordene practicar las diligencias necesarias para que aparezcan las piezas ya aludidas, tomándose declaración al martillero y ministro de fe que ha intervenido en la venta y remate de los sacos de botellas vacías.

Proveída favorablemente esta petición y vueltos, en consecuencia, los autos á primera instancia, puso el juez de letras el 29 de marzo de 1904, el cúmplase á esa resolución.

En virtud de no haberse practicado por los litigantes acto ni diligencia alguna conducente á dar curso progresivo á la causa, dictó el juez, el 15 de abril del año próximo siguiente, la providencia que dice así:

"Archívese por retardada".

No hay testimonio en los autos de que se haya notificado esta providencia á las partes.

Un año y meses más tarde, contados desde la fecha del cúmplase, ó sea, el 17 de Junio de 1905, acudió ante el mismo juzgado, don José Bustamante, afirmando que desde que se encuentran los autos en el juzgado, la Compañía demandada no ha hecho gestión alguna dirigida á que llegue el recurso á estado de sentencia. De este modo manifiesta esta parte, en su concepto, que acepta el fallo de primera instancia.

En vista del tiempo trascurrido sin que se agite el recurso de apelación intentado, y de lo que preceptúa el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, termina pidiendo Bustamante que se declare firme y valedera la sentencia apelada.

Evacuando la Compañía Inglesa de Vapores el traslado que se le comunicó de esta petición, dice que, según los términos en que se halla concebido el auto de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, incumbió al juzgado y no á ella, ejecutar las diligencias que pudieron conducir al fallo de la apelación.

El juez de letras resolvió esta incidencia, con fecha 30 de junio de 1905 en los siguientes términos:

"Teniendo presente que á pesar de haberse mandado practicar ó cumplir lo ordenado por la Iltma. Corte, no se han verificado las diligencias, para lo cual debe procederse de oficio, declárase que no ha lugar á la prescripción del recurso".—*José R. Guzmán.*

Visto este fallo por la Corte de Alzada, lo revocó en los términos que siguen por sentencia de 11 de agosto de 1905.

Teniendo presente:

1º Que con posterioridad á la providencia de 29 de marzo, las partes dejaron trascurrir más de un año sin hacer gestión alguna para que se llevara á efecto y quedara en estado de fallarse la apelación deducida contra la sentencia.

2º Que las diligencias que esta Corte ordenó se practicaran en primera instancia con el objeto de que aparecieran las piezas á que se refiere el escrito no corresponde legalmente ejecutarlas de oficio al señor Juez *a quo*, atendida la naturaleza de la causa, que es un juicio civil entre partes.

Con arreglo á lo dispuesto en los artículos 9º de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y 234 del Código de Proce-

dimiento Civil, se revoca la resolución apelada de 30 de junio último, y se declara firme la aludida sentencia de 26 de diciembre de 1903, como se pide por el demandante en lo principal de su solicitud.

Redactada por el señor Ministro Silva.—*B. Alamos González.—Luis Ignacio Silva.—A. Bezanilla Silva.*

Recurrida de casación en el fondo por la Compañía Inglesa de Vapores esta última sentencia, adujo como leyes violadas que dan fundamento al recurso los artículos 214 y 234 del Código de Procedimiento Civil.

Se infringieron estos preceptos del enjuiciamiento, en sentir de la Compañía que recurre, porque el juez de letras no es competente para conocer del juicio. Concedida la apelación en ambos efectos, quedó limitada su jurisdicción sólo á lo concerniente á ejecutar lo ordenado por el tribunal de apelaciones.

Sostiene en seguida, la misma parte, que no se trata en el presente caso de la jurisdicción excepcional que un Juez conserva después de concedido en ambos efectos el recurso de apelación.

Tampoco es aplicable el concepto que contiene la parte final del citado artículo 234. Los autos fueron devueltos á primera instancia únicamente para practicar las diligencias de investigación referentes á la circunstancia de no hallarse en el expediente piezas que integraban la prueba. Por lo demás, conservaba la Corte de Apelaciones su jurisdicción para continuar conociendo del recurso de apelación pendiente. No era, por tanto, lícito al Juez de Letras, conocer de gestiones que pudieran dar margen á declaraciones de prescripción ó deserción del recurso.

Atendiéndose por otra parte, al tenor literal del decreto de 25 de mayo de 1904, no tenía la Empresa de Vapores gestiones activas que ejecutar. Las investigaciones decretadas caían dentro de la jurisdicción del Juez de primera instancia, y sólo á él correspondía practicarlas, en el término que sus labores judiciales lo permitiesen.

Otra causal de violación del artículo 234, es la de haber trascurrido el año completo que exige para que tenga lugar la prescripción del recurso. Todos los términos de que trata el Código de Procedimiento Civil, se entienden suspendidos durante los días feriados. Descontando estos días del espacio de tiempo comprendido desde la fecha del cúmplase del Juez de Letras, 29 de marzo de 1904, y la fecha en que se pidió la declaración de prescripción, 17 de junio de 1905, se ve que no han mediado trescientos sesenta y cinco días.

Á estas alegaciones observa la parte que contradice el recurso, que la infracción del artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, que se aduce en primer término, no puede tener lugar en este caso, porque no se ha citado ni aplicado en el fallo recurrido; y, por lo tanto, no puede existir quebrantamiento de un artículo que en forma alguna no ha influído substancialmente en la parte dispositiva de la sentencia.

En cuanto al motivo de casación fundado en la incompetencia del Juez *a quo*, hace presente el procurador de Bustamante, que aún en la hipótesis de que existiera esa causal, no sería de casación en el fondo, sino de forma.

Observa en seguida la misma parte, que la jurisdicción que se desconoce á un tribunal para atribuirla á otro, es por su naturaleza indivisible.

No puede tenerla en parte el Juez *a quo*, y en parte el tribunal superior. Fijando el artículo 234 en la que mira la facultad para declarar prescrita la apelación, dice que sólo corresponde conocer al tribunal en cuyo poder exista el expediente.

Por lo que toca al motivo de casación que se hace consistir en que no ha correspondido á la Compañía activar la causa, sino el Juez *a quo*, dice el recurrido que basta para desestimarla considerar que se trata de una contienda civil entre partes, que sólo puede agitarse á instancia ó requerimiento de las partes interesadas.

La causal que versa sobre el transcurso del año que da fundamento á la prescripción del recurso, tiende, en concepto de esta parte, á contradecir un hecho establecido como cierto en la causa y no susceptible, por tanto, de casación.

Finalmente, pide el procurador de Bustamante, que se deniegue el recurso, con costas.

Vista la causa, previa audiencia del señor Ministro á quien correspondió dictaminar en ella.

La Corte:

Considerando:

1º Que la infracción del artículo 214 del Código de Procedimiento Civil, aducida como primer motivo de esta casación, se hace consistir en que, elevado este proceso á la Corte de Alzada, en virtud de la apelación interpuesta por la Compañía Inglesa de Vapores contra la sentencia de fs. 51 y concedida en ambos efectos por el juez de primera instancia, se suspendió la jurisdicción de dicho juez para continuar conociendo en la causa y, consiguientemente, para resolver la petición formulada por don José Bustamante, acerca de que la apelación se hallaba prescrita, por haber transcurrido más de un año, sin que la parte apelante hubiese hecho gestión alguna conducente á poner dicho recurso en estado de fallarse;

2º Que el referido artículo 214, que supone violado el recurso, dispone á ese fin que cuando la apelación comprenda los efectos suspensivo y devolutivo á la vez, se suspenderá la jurisdicción del tribunal inferior para seguir conociendo de la causa, el cual podrá, sin embargo, entender en todos los asuntos en que por disposición expresa, de la ley conserve jurisdicción, especialmente en las gestiones á que dé origen la interposición del recurso hasta que se eleven los autos al superior y en las que se hicieren para declarar desierta ó prescrita la apelación antes de la remisión de los autos;

3º Que en el tiempo en que se presentó Bustamante al juez de primera instancia pidiendo que se declarara prescripto el recurso, habían sido devueltos los autos á dicho juez á fin de practicar determinados actos de instrucción, decretados por el tribunal superior y pedidos por la Compañía que había interpuesto el recurso de apelación, que se hallaba entonces pendiente;

4º Que en virtud de lo que anteriormente queda expuesto, no ha carecido de competencia el Juez *a quo* para decidir la cuestión suscitada por Bustamante, puesto que al resolverla no siguió conociendo en la causa, que es lo que veda el artículo 214, sino que se pronunciaba acerca de un asunto que la ley ha colocado expresamente dentro de la esfera de sus atribuciones, al decir el mismo artículo 214 en su parte última "y en las gestiones que se hicieren para declarar desierta ó prescripta la apelación antes de la remisión del proceso";

5º Que establecida la jurisdicción del juez de letras para resolver en primera instancia la incidencia promovida por Bustamante sobre la prescripción del recurso, quedó igualmente fija la del Tribunal de Apelaciones para fallar la misma cuestión en segunda instancia;

6º Que el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil, que también se aduce en el concepto de infringido, estatuye que, si concedida una apelación, dejaren las partes transcurrir más de un año sin que se haga gestión alguna para que el recurso se lleve á efecto y quede en estado de fallarse por el superior, podrá cualquiera de ellas pedir al tribunal en cuyo poder exista el expediente que declare firme la resolución apelada.

7º Que en cuanto á la fijación y señalamiento del tiempo requerido por este artículo para que prescriba la apelación interpuesta contra la sentencia, establece el tribunal sentenciador, en el primer considerando de su fallo, como hecho probado en la causa, que las partes han dejado pasar más de un año sin hacer gestión alguna para que se llevara á efecto y quedara en estado de fallarse la apelación deducida contra la recordada sentencia.

8º Que declarado este hecho por la Corte de Apelaciones en uso de las facultades exclusivas que las leyes le defieren, en lo concerniente al examen y apreciación de la prueba del proceso, sin que contra esta apreciación y examen se haya alegado infracción legal, debe reputarse tal hecho como antecedente incontrovertible para fallar el recurso;

9º Que por otra parte, aún en el supuesto de que no hubiese trascurrido el año que se exige para declarar prescrita la apelación, tampoco sería procedente este motivo del recurso, porque en el escrito en que se interpone

no se ha citado la correspondiente disposición legal infringida, es decir el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, que previene que los términos de que dicho Código trata se entenderán suspendidos durante los días feriados;

10. Que como consecuencia legal de lo que precede, resulta que el fallo contra el cual se ha interpuesto la presente casación, no infringe los preceptos legales invocados en ese sentido por la Compañía recurrente, sino que, al contrario, se ajusta en sus términos y decisión á lo dispositivo de tales preceptos.

Con arreglo á estas consideraciones, á las leyes que en ella se citan y á lo dispuesto en los artículos 940, 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar el recurso, con costas. Aplícase á favor del Fisco la cantidad de $ 150 consignada para interponer este recurso.

Redactada por el señor Ministro Rodríguez. —*Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—V. Aguirre V.—Leoncio Rodríguez.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.—L. Vial Ugarte.*

Cas. en el fondo.—2 de agosto de 1907

Molina Caracciolo y otros con Molina Delfín

Testamento. — Nulidad. — Falsificación. — Instrumento público; falsedad. — Prueba. — Escritura pública. — Testigos. Apreciación de los hechos

DOCTRINA:—*El artículo 1700 del Código Civil, se refiere á los instrumentos verdaderos, y nada estatuye acerca del modo y forma como deban redargüirse por la falsedad de que puedan adolecer.*

Las leyes penales y civiles, y en especial los artículos 344 y 432 del Código de Procedimiento Civil, permiten expresamente impugnar la autenticidad de todo instrumento público y privado ó probar las suplantaciones cometidas, y aceptan como medios probatorios del hecho, tanto el cotejo de letras, como los que "las leyes autoricen para la prueba del fraude", con la restricción del artículo 432 citado, para cuando se procure invalidar una escritura pública con sólo prueba testimonial.

Por consiguiente, y no tratándose de este caso, son admisibles todos los medios probatorios para probar que un testamento es falsificado y por tanto, nulo.

Es un hecho de la causa, establecido por el Tribunal sentenciador, mediante la apreciación de la prueba, y como tal, inamovible, el de que una persona no otorgó el testamento que se le atribuye.

En circunstancias que los herederos *ab-intestato* de don Manuel Molina, fallecido en Osorno el 2 de marzo de 1902, se repartían la herencia dejada por éste, don Delfín Molina presentó al Juzgado de Letras de ese mismo departamento, una escritura cerrada, en la cual según las indicaciones de la cubierta se contenía el testamento del mencionado don Manuel Molina, otorgado en Valdivia el día 10 de septiembre de 1897, ante el notario suplente don Clodomiro Fonseca.

Previos los trámites de estilo, en la forma que aparece de las diligencias respectivas, fué abierto el sobrescrito ó cubierta y se declaró que el memorial que él contenía debiera tenerse, en cuanto ha lugar en derecho, como testamento del ya aludido don Manuel Molina.

En estas gestiones, los mismos herederos *ab-intestato* que estaban dividiéndose su herencia, negando ya la veracidad del testamento solicitaron que se les tuviera por parte, pero el juzgado, teniendo presente que se trataba de actos de jurisdicción voluntaria desechó la solicitud, sin perjuicio de los lite

chos que los peticionarios pudieran hacer valer oportunamente.

En ese testamento, después de algunas disposiciones de más ó menos escasa importancia, el testador reconoce como su hijo natural al ya mencionado don Delfín Molina, á quien instituye como su único y universal heredero.

Así las cosas, don Caracciolo, doña Cirila y doña Pelegrina Molina y ocho personas más, hermanos ó sobrinos de don Manuel Molina y, como tales, sus herederos *ab-intestato*, dedujeron demanda contra don Delfín Molina pidiendo que se declare nulo y sin ningún valor el expresado testamento ó en subsidio, que no es testamento de su hermana y tío don Manuel Molina.

Fundando esta petición dicen textualmente: "Este testamento no pasa de ser sino una audaz falsificación hecha por don Delfín Molina coadyuvado por algunas personas que ya el público conoce, pero que no es del caso nombrar aquí, falsificación hecha hace más ó menos un mes en Valdivia, en casa de uno de los testigos que lo autorizan, y con el propósito de quitarnos una herencia que nos corresponde legítimamente, como herederos *ab-intestato* de nuestro finado hermano y tío don Manuel Molina".

Hacen en seguida diversas observaciones acerca de que el día 10 de septiembre de 1897, fecha en que aparece otorgado el testamento en Valdivia, el supuesto testador se encontraba enfermo en Osorno y de que la distancia que separa estas dos ciudades es tanta, que hace imposible aceptar que pudiera haberse encontrado en ambas en un mismo día y á horas hábiles. También aseguran que conservan en su poder diversos documentos hechos ó firmados en Osorno, en ese día, por don Manuel Molina y varios pagarées y recibos que acreditan esto mismo y que muchos de sus amigos, por la circunstancia de encontrarse enfermo, recuerdan que ese día no salió, sino para ir á la mercería de Saelzer y Schwarzenberg y á casa del doctor E. Gunckel.

Exponen que contribuye á formar el convencimiento de que don Manuel Molina no otorgó el supuesto testamento presentado por don Delfín Molina, la circunstancia de que el supuesto depositario de ese documento lo presentó al juzgado dos meses después del fallecimiento del testador, habiendo tenido conocimiento de su muerte algunos días después de ocurrida; que oportunamente supo que los bienes del extinto se estaban repartiendo entre sus herederos *ab-intestato*; que los testigos que firman el cierro del supuesto testamento son personas con quienes don Manuel Molina no tenía relaciones de amistad de ninguna clase.

Ademas el testigo Carlos Bustamante se encontraba en el lugar de Remehue el 10 de septiembre de 1897, en el fundo de los señores Hoffmann y Fuchslocher, en calidad de mayordomo de éstos; que el mismo don Delfín Molina, conversando con varias personas acerca de la muerte de don Manuel Molina pocos días después de acaecida, les preguntó si no había dejado testamento, y como le contestaran negativamente repuso que lo sentía, pues tenía esperanza que en caso de testar, le hubiera dejado alguna cosa; á esto se agrega, dicen, que el testamento aparece escrito con la misma letra del notario suplente, y que las firmas del supuesto testador y del supuesto testigo J. Ventura Díaz, son distintas de aquellas con que acostumbraban firmar; agregan que don Manuel Molina á principios de septiembre de 1897, escribió á su amigo Guillermo Frick, vecino respetable de Valdivia, que le era imposible ir á esa ciudad.

En cuanto á la apertura del testamento dicen que se ha incurrido en vicios y omisiones que lo hacen absolutamente nulo, pues de las diligencias de apertura consta que después de presentado se remitió por dos veces al Juzgado de Valdivia, ante el cual se practicaron las diligencias de reconocimiento de las firmas del testador, notario y testigos del supuesto testamento, todo lo cual debió practicarse ante el Juzgado de Osorno; que las firmas de los testigos ausentes J. Ventura Díaz y Rafael Aguirre, no han sido reconocidas por los testigos vivos conforme lo ordenó el Juzgado de acuerdo con lo establecido en el inciso 3º del artículo 1025 del Código Civil; que en el Juzgado no se aceptó la declaración

del testigo Carlos de la Guarda y se procedió á la apertura del pliego cerrado sin estar presente el interesado ni los testigos.

Que esta última circunstancia reviste aún mayor gravedad si se toma en consideración el hecho de que el testamento se abrió más de ocho días después de practicadas las diligencias de reconocimiento; que fué don Delfín Molina quien llevó la expresada escritura á Valdivia y la trajo de allá y que no fué don Pedro Cárcamo Herrera quien la trajo conforme á lo solicitado en el expediente sobre apertura y ordenado por el Juzgado de Valdivia.

Añaden que en el otorgamiento del aludido testamento se ha incurrido en un defecto capital, se refieren á la falta de signo del escribano ó notario sobre la cubierta, pues el artículo 1023 del Código Civil enumera las solemnidades que deben concurrir en el otorgamiento de un testamento solemne cerrado y dice en el inciso 6º "termina el otorgamiento por la firma del testador y de los testigos y por la firma y signo del escribano sobre la cubierta"; de lo cual se deduce que la falta de signo del escribano vicia de nulidad el testamento solemne cerrado porque el artículo 1026 del Código citado establece "que la omisión de cualquiera de las solemnidades á que deba sujetarse lo deja sin valor alguno".

Dicen además que la disposición legal antes citada contiene algunas excepciones, pero también es cierto que entre ellas no se comprenden las enumeradas en el inciso 6º del artículo 1023; y siendo el signo del notario ó escribano una formalidad que la ley prescribe para el valor del testamento solemne cerrado en consideración á su naturaleza y no al estado ó calidad de la persona, su omisión acarrea nulidad absoluta según lo dispuesto en el artículo 1682 del Código Civil.

Como pudiera observárseles que el notario suplente don Clodomiro Fonseca no tenía signo, agregan que el artículo 1023 así como el 1026 citados son enteramente claros, que por consiguiente, no deben interpretarse que al exigirse el signo por vía de formalidad no se hace excepción entre escribano propietario ó suplente, y que la falta de cumplimiento de la ley no es razón para dejarla de aplicar. De lo expuesto deducen que el testamento de que tratan es absolutamente nulo y que si don Clodomiro Fonseca no tenía signo no podía otorgar testamento solemne cerrado.

Por estas razones y siendo herederos de don Manuel Molina demandan á don Delfín Molina para que se declare nulo y de ningun valor el testamento de que se ocupan, y que se dice otorgado en la ciudad de Valdivia, el 10 de septiembre de 1897, ante el notario suplente don Clodomiro Fonseca, con costas, ó en subsidio que se declare que no es testamento de don Manuel Molina.

Contestando la demanda don Delfín Molina, pidió se desechara con costas, por cuanto eran inexactos y antojadizos los hechos y apreciaciones legales en que se basa dicha demanda, pues el testamento cuya nulidad se solicita se mandó incorporar en el protocolo del escribano que actuó en las diligencias de su apertura como consta del auto respectivo, después de dar estricto cumplimiento á lo dispuesto en los artículos 1025 y 1020 del Código Civil.

Que los testigos que aparecen en la cubierta del testamento, reconocieron su firma, abonaron la de los muertos, declararon que todo pasó en un solo acto y al mismo tiempo abonan también la firma del notario suplente que lo autorizó como consta del citado expediente. Además el notario señor Ríos, de Valdivia, certificó que las firmas que aparecen en las escrituras autorizadas por el notario suplente don Clodomiro Fonseca están conformes con las que aparecen en la cubierta del testamento en referencia.

Como estas diligencias no fueron estimadas suficientes en el Juzgado para abrir el testamento, se ordenó abonar nuevamente la firma de los testigos ausentes. Al efecto se rindió la información que aparece y el certificado dado por el secretario del Juzgado de Valdivia. Previas estas minuciosas y detalladas diligencias, se dictó el auto de protocolización de 28 de mayo de 1902;

Sin embargo los demandantes aseguran que este testamento es obra de una audaz falsificación hecha en Valdivia en casa de uno de los testigos que lo autoriza, cuyo nombre no indican, para arrebatarles la fortuna que les corresponde por su hermano y tío don Ma-

nuel Molina, caso de haber muerto intestado. Por la relación hecha de las diligencias practicadas en el citado expediente de apertura del testamento en cuestión, es más que audacia aseverar que éste es falsificado, también para arrebatarle lo que le corresponde como heredero é hijo natural reconocido por su padre, don Manuel Molina.

También se arguye, dice, que en el día en que se otorgó el testamento, don Mannel Molina estaba en la ciudad de Osorno, enfermo, circunstancia por la cual salió de su casa para ir á la mercería y á la casa del doctor; en esta circunstancia los demandantes se contradicen, pues si el señor Molina estaba enfermo mal pudo ir á la mercería que está á algunas cuadras de distancia cuando pudo haber enviado un sirviente; y no duda que los demandantes pretenden probar la coartada con prueba testimonial la que es improcedente en el presente caso.

Sostiene que es falso que el testigo Carlos Bustamante, que por su empleo hacía frecuentes viajes á Valdivia, estuviera en Remehue el día del otorgamiento del testamento, pues este señor estaba en Valdivia como consta de documentos privados que tiene en su poder y de otra clase de prueba que oportunamente se presentará.

Los demandantes dicen también que el testador no buscó á sus amigos para testigos en el citado testamento, pero hace presente que la ley no impone al testador la obligación de servirse de sus amigos para este caso, sino que deber ocupar testigos hábiles. En cuanto á que el testamento se haya presentado dos meses después de muerto el testador como lo hace ver la contraria, dice que la ley no fija plazo para entregar el testamento cerrado y proceder á su apertura. Mas para desvirtuar toda presunción moral sobre el particular, acompaña un documento en el cual consta que á la fecha de la muerte de su señor padre, y mucho tiempo después se encontraba en San Martín de los Andes y otras ciudades de la República Argentina.

En cuanto á la falta de signo del notario en la carátula del testamento de que hacen mérito los demandantes para sostener la nulidad de éste, en conformidad al artículo 1026 del Código Civil, sostiene que el signo existe en la carátula del testamento en cuestión; y agrega que para saber si existe ó no es necesario definir lo que es signo. Este, en general, es una señal ó marca que acostumbraban poner los escribanos en las escrituras que autorizaban; y la ley no ha fijado forma especial para este signo, el cual siempre ha quedado á voluntad de los escribanos, quienes pueden darle la forma de una cruz, estrella ó rúbrica.

Concluye diciendo que lo que constituye la esencia del testamento cerrado lo estatuye el artículo 1023 del Código Civil, y que de lo expuesto anteriormente aparece que el testamento á que se refiere cumple con todos los requisitos exigidos por la ley para su validez, y su autenticidad está plenamente comprobada. Y que resumiendo lo dicho resulta que el expediente de apertura del testamento no tiene vicio de nulidad y se abrió después de tomar las precauciones necesarias para constatar su autenticidad; que don Manuel Molina y el testigo don Carlos Bustamante estaban en Valdivia el día en que aquel otorgó su testamento, hecho que los demandantes niegan sólo para servirse de prueba testimonial; que el testigo don Carlos de la Guarda reconoció su firma y abonó la de los testigos que aparecen en la cubierta del testamento; que es inexacto que falte el signo al testamento, y que aunque este faltara, no por eso sería nulo el citado instrumento, y que por último los demandantes para arrebatarle la herencia, niegan y suponen hechos según su conveniencia.

En los escritos de réplica y de dúplica las partes se limitaron á reforzar sus anteriores argumentos sin aducir nada de nuevo; recibida la causa á prueba, por decreto de 18 de agosto de 1902, se produjo por las partes la testimonial que corre en autos.

Hecha la publicación de probanzas, el apoderado del demandado dedujo las siguientes tachas: á los testigos Carlos de la Guarda y Carlos Bustamante por perjuros, fundado en lo establecido en la ley 8 título 18 Partida 3ª, tacha á los mismos testigos también por haber recibido dinero por dejar de decir la verdad, pues el primero de dichos testigos, dice, recibió $ 4,000, y el segundo $ 2,000 al contado, prometiéndole $ 3,000 para des-

pués, tacha que funda en la ley de Partidas citada.

A los testigos Guillermo Frick y Reinaldo Harnecker que fueron examinados ante el señor Juez Letrado de Valdivia, porque no se les examinó al tenor del contra interrogatorio cuya copia fué remitida á dicho Juzgado, lo cual consta de autos; tacha á los mismos testigos por ser interesados en la causa, pues dice que fueron los agentes que los demandantes tuvieron en Valdivia para todas las gestiones judiciales y extrajudiciales que practicaron en el presente juicio en dicha ciudad, por cuyos servicios les ofrecieron la suma de $ 10,000.

Por su parte el apoderado de los demandantes dedujo tachas contra todos los testigos presentados por el demandado y que fueron examinados al tenor del interrogatorio número 2, contra Santiago González que declara al tenor del interrogatorio número 4 y contra Julio Silva, Eduardo Marcos Risco y Ajesislao Ponce que declaran al tenor del interrogatorio número 8, tachas que funda en que el dicho de estos testigos es falso, inverosímil y oscuro y están previstas en las leyes 8, 28 y 29 título 16 Partida 3ª y Ley 1ª título 12 libro 11 de la Novísima Recopilación.

Dice que es falso el dicho de esos testigos en cuanto aseveran que don Manuel Molina, don Carlos de la Guarda y don Carlos Bustamante se encontraban en Valdivia el 10 de septiembre de 1897, pues con el testimonio de los testigos que declaran al tenor de de los interrogatorios, testigos que no han sido tachados y por consiguiente aceptados por la contraria, y cuyo dicho se encuentra robustecido con los documentos corrientes, con lo que su parte ha acreditado plenamente que los señores Molina, Guarda y Bustamante estaban respectivamente, en la fecha indicada, en Osorno, Unión y en el lugar de Remehue de este departamento; y que naturalmente, no han podido encontrarse en Valdivia.

Que el dicho de los mismos es inverosímil, porque es inaceptable que todos los testigos citados puedan recordar, con los detalles que aparecen en sus declaraciones, hechos ocurridos hace más de cinco años, cuales son que don Manuel Molina, don Carlos de la Guarda y don Carlos Bustamante se encontraban en Valdivia el día 10 de septiembre de 1897, y además, llamando especialmente la atención al hecho inaceptable de que treinta testigos recuerden haber visto en esa fecha, en distintos lugares, á dos distintas personas.

Y que es oscuro el dicho de los testigos que declaran haber visto á don Manuel Molina, por cuanto no han individualizado bien la persona de cuyo supuesto testamento trata este juicio, pues sus mandantes han acreditado, con la prueba rendida al tenor del interrogatorio, que en este departamento vive otra persona cuyo nombre y apellido es también Manuel Molina, y muy posible es que los testigos que tacha por esta causa hayan visto á éste y no á aquél en Valdivia y en la mencionada fecha.

Se dió á los incidentes de tachas la tramitación correspondiente, y se aceptaron las opuestas por el demandado, reservándose para definitiva el pronunciamiento sobre ellas, salvo las de perjurio, de no haber sido contra-interrogados los testigos y de cohecho, que se ordenó recibir á prueba. Y se desecharon las opuestas por el demandante, por haber sido deducidas fuera de término.

Apeladas ambas resoluciones, la Iltma. Corte, por auto de 4 de septiembre de 1903, revocó la resolución en que se aceptaban las tachas del demandado, por estimar que las tachas de perjurio y de no haber sido contra-interrogados los testigos no eran legales, por referirse la primera á declaraciones prestadas por aquellos en el presente juicio y por ser indeterminada y no estar suficientemente especificada la tacha de tener interés en la causa, todo sin perjuicio de la apreciación que pueda hacer en definitiva el tribunal respecto á la declaración de los testigos tachados. Y con la misma aclaración, confirmó la resolución en que se desechan las tachas opuestas por los demandantes.

Las partes alegaron lo conveniente á su derecho y oportunamente se les citó para sentencia, dictándose la siguiente por el Juzgado de Osorno, con fecha 27 de junio de 1904:

Considerando:

1º Que la demanda tiene por objeto obtener se declare nulo el testamento solemne cerrado que se dice otorgado por don Manuel Molina en la ciudad de Valdivia el 10 de septiembre de 1897 fundado en que, al abrirse éste, no fueron reconocidas legalmente las firmas de los testigos instrumentales, que éstos no fueron citados por decreto judicial para esa diligencia, que no se hizo en forma legal la información de abono de las firmas del notario y testigos fallecidos, que no concurrieron á su otorgamiento los cinco testigos que exige la ley, que no se puso en la carátula el signo ó sello del notario que dice autorizó y que no se expresó en ésta todas las designaciones exigidas por la ley para la identidad personal del testador, notario y testigos; ó en subsidio que se declare que dicho testamento no es del ya nombrado don Manuel Molina;

2º Que del expediente sobre apertura del testamento aludido consta: que el apoderado de don Delfín Molina con fecha 10 de mayo de 1902, se presentó ante este Juzgado con una solicitud á la que acompañaba una partida de defunción de don Manuel Molina, y un pliego cerrado en que decía se contenía el testamento de éste, solicitando se despachara exhorto al señor Juez Letrado de Valdivia incluyéndole el citado testamento, á fin que dicho magistrado procediera á efectuar las citaciones é informaciones de abono á que se refiere el artículo 1025 del Código Civil y recusando á la vez al secretario de este Juzgado, y solicitando se nombrara en su reemplazo al notario público por ser éste el ministro de fe que debía actuar en estas diligencias;

3º Que despachado dicho exhorto, en el Juzgado exhortado se le puso el "cúmplase", con fecha 12 de mayo, el mismo día, y después de haberse notificado al encargado, comparecieron los testigos Carlos de la Guarda y Carlos Bustamante, el 14 del mismo mes compareció el testigo Max Schoene, y todos reconocieron la firma que con su nombre y apellido aparecía en la carátula del testamento, abonaron la del notario que autorizó y no la de los testigos ausentes; actuando en todas estas diligencias no un notario sino el secretario del Juzgado de aquel departamento;

4º Que no habiéndose abonado la firma de los testigos muertos ó ausentes, el Juzgado por auto de 17 del mismo mes y año no accedió á la apertura del testamento; y por esta causa el apoderado de don Delfín Molina se presentó el 19 de mayo solicitando se despachara un nuevo exhorto al mismo Juzgado incluyendo el testamento y demás piezas diligenciadas; y puesto el "cúmplase" respectivo en aquel Juzgado el 21 del mes citado, comparecieron al día siguiente los testigos Germán Moreno, Rodolfo Echeñique, Saladino 2º Guarda, Ricardo Montecinos y Reinaldo Rosas, quienes abonaron las firmas de los testigos Max Schoene, Rafael Aguirre y J. Ventura Díaz, presentándoseles á la vez el pliego cerrado que contenía el testamento acompañado al exhorto y actuando también en esta diligencia el secretario judicial del departamento ya citado;

5º Que el artículo 1009 del Código Civil establece que el testamento debe abrirse y publicarse ante el juez del último domicilio del testador, y es público y notorio que el último domicilio del supuesto testador, don Manuel Molina, fué este departamento; de manera que en conformidad á la disposición legal citada y á lo dispuesto en el artículo 221 de la ley de 15 de octubre de 1875, este Juzgado era competente para conocer en todas las diligencias que precedieron á la apertura del testamento, así que, al pedir exhorto á Valdivia con este objeto, el apoderado de don Delfín Molina, no cumplió con lo dispuesto en las disposiciones legales citadas;

6º Que el artículo 1025 del Código Civil establece que no se abrirá el testamento sino después que el escribano y testigos reconozcan ante el juez su firma y la del testador, declarando además si en su concepto está cerrado y marcado como en el acto de la entrega, y si no pueden comparecer todos los testigos bastará que el escribano y los testigos instrumentales presentes reconozcan su firma y la del testador y abonen la de los ausentes; y de lo dicho en los considerandos 2º, 3º y 4º de este fallo se desprende que las firmas de los testigos instrumentales del testamento en referencia, no han sido legalmente reconocidas, asimismo que éstos no fueron citados en

forma legal para este objeto; que no han sido abonadas, también en forma legal, la firma del notario y de los testigos fallecidos; pues los testigos que declararon á este respecto eran extraños al testamento, y no fué un notario el que actuó y el que en dicho acto abonó la firma del notario que autorizó y que había fallecidó;

7º Que no es atendible lo expuesto por los demandantes respecto á que el testamento se presentó como dos meses después del fallecimiento del supuesto testador, y se abrió como ocho días después que se practicaron las diligencias en Valdivia, porque la ley no fija plazo para la presentación y apertura del testamento solemne cerrado;

8º Que los demandantes con los testigos que declaran al tenor del interrogatorio han pretendido probar que don Manuel Molina estuvo en esta ciudad y no en Valdivia, el 10 de septiembre de 1897; y el demandado á su vez con los testigos que deponen al tenor del interrogatorio, ha pretendido asimismo establecer que el citado señor Molina estuvo en Valdivia y nó en esta ciudad el indicado día; pero dichas pruebas no son atendibles, no sólo porque con ellas se trata de establecer hechos negativos entre sí, sino también porque es inverosímil que dichos testigos recuerden un hecho ocurrido en un día determinado, cinco años antes de la fecha en que declaran, con los detalles que indican en sus declaraciones;

9º Que si bien del expediente de apertura del testamento aparece que los testigos Carlos de la Guarda y Carlos Bustamante reconocieron la firma que con su nombre aparecía en la carátula del testamento, y el demandado con los testigos que declaran al tenor del interrogatorio, ha pretendido establecer que ambos estaban en Valdivia el 10 de septiembre de 1897; dichos testigos en las escrituras públicas sostienen que no se encontraron presentes el 10 de septiembre de 1897, día en que se dice don Manuel Molina otorgó ante el notario suplente don Clodomiro Fonseca el pliego cerrado que se dice contiene su testamento y que ha presentado don Delfín Molina para su apertura; que no han visto firmar al testador y demás testigos; y el primero dice que lo firmó algunos días después de aquella fecha á petición de don Delfín Molina, y el segundo que los firmó en abril del mismo año á petición de don Pedro Cárcamo Herrera, todo lo cual aparece corroborado con la declaración de los mismos testigos al tenor de los interrogatorios;

10. Que estas últimas declaraciones son más dignas de fe que las dadas por los dichos testigos en el expediente de jurisdicción voluntaria sobre apertura del testamento que se tramita sin citación contraria, no sólo porque á dicha diligencia no fueron citados en forma legal como se ha establecido, sino también porque aquellas no han sido dadas en un juicio contradictorio de lato conocimiento como el presente;

11. Que asimismo el demandado con los testigos que declaran al tenor del interrogatorio ha pretendido probar que la carátula y el testamento fué escrito por el notario suplente don Clodomiro Fonseca, y con los que declaran al tenor del interrogatorio que don Manuel Molina otorgó ante dicho notario el testamento cerrado de la referencia; pero del certificado del notario propietario de Valdivia, don Gerardo Ríos, aparece que el señor Fonseca lo estuvo supliendo en agosto y septiembre del citado año 1897, que llevó un apunte detallado de todas las entradas de la notaría, el que le entregó cuando reasumió su puesto y copió en su libro de entradas, y que en dicho apunte no hay ninguna partida por derechos percibidos por testamento otorgado en dicho mes de septiembre;

12. Que asimismo se ha establecido con los testigos que declaran al tenor del interrogatorio, presentados por los demandantes, que á principios de abril de 1902 don Delfín Molina en presencia de ellos preguntó si don Manuel Molina había dejado testamento, y como se le contestara negativamente, expuso que lo sentía, porque si hubiera testado tenía esperanzas que le hubiera dejado alguna cosa;

13. Que dado lo expuesto en el considerando 9º de esta sentencia, y aceptando que los testigos Díaz, Aguirre y Schoene, de los cuales los dos primeros habían fallecido cuando se practicaron las diligencias para abrir el

testamento, hubieran asistido á su otorgamiento y hubieran visto firmar al testador y al notario resultaría que á su otorgamiento concurrieron sólo tres testigos, lo que es contrario á lo dispuesto en el artículo 1021 del Código Civil que ordena que el testamento solemne cerrado debe otorgarse ante el escribano y cinco testigos;

14. Que el hecho aseverado por el demandado, que el testamento ha sido incorporado á un protocolo, no prueba haber sido otorgado y autorizado por los que en él se designan, y negado por los demandantes que ese testamento fué otorgado por la persona y ante las personas que en él se expresan, correspondía al demandado probar la autenticidad que afirma, lo cual no ha hecho;

15. Que el artículo 1023 del Código Civil dispone que lo que constituye esencialmente el testamento cerrado, es el acto en que el testador presenta al escribano y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, de manera que el escribano y testigos lo vean, oigan y entiendan, que en aquella escritura se encuentra su testamento, y el escribano expresará en la cubierta bajo el epígrafe de testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento; y de la carátula del testamento en referencia aparece que en ella no se designó el domicilio del testador, ni este usó de la palabra testamento como ordena la ley, sino que expresó que el pliego cerrado que presentaba contenía sus disposiciones testamentarias;

16. Que el artículo citado en el considerando anterior dispone también que termina el otorgamiento con las firmas del testador y de los testigos y con la firma y signo del escribano sobre la cubierta; y examinando la carátula á que antes se ha hecho referencia, resulta que el notario que la autoriza sólo firmó, pero no puso el signo (ó sello que es el que actualmente se usa) como lo ordena la ley;

17. Que el demandado sostiene que en la mencionada carátula dicho signo existe, no sólo porque el notario entre su rúbrica puso las letras N. S. (notario suplente) que constituyen dicho signo, sino también porque siendo este notario suplente, no estaba obligado á usarlo; pero estas argumentaciones no son bajo ningún concepto atendibles, no tan sólo porque signo son ciertas rayas, rasgos ó señales que al fin de la escritura ó instrumento ponen los escribanos ó notarios en medio del papel con una cruz arriba entre las palabras que dicen "en testimonio de verdad", con lo que queda autorizada la escritura, que sin signo no hace fe, ni trae aparejada ejecución, sino porque no es tan fácil contrahacer el signo (ó sello actual) como la firma del escribano;

18. Que la ley dispone de una manera expresa que el testamento solemne abierto ó cerrado en que se omitiere cualquiera de las solemnidades á que debe respectivamente sujetarse, no tendrá valor alguno, y si bien es cierto que establece á la vez algunas excepciones, entre éstas no se encuentra la falta de signo á que se refiere el considerando anterior por cuya causa el testamento de la referencia adolece del vicio de nulidad que establece la ley;

19. Que de las escrituras públicas extendidas en Valdivia los días 9, 10 y 11 de septiembre de 1897, ante el notario suplente don Clododomiro Fonseca, aparece que después de su otorgamiento y al dar la copia respectiva usó el sello del notario propietario, de lo cual se colije que el testamento de la referencia no fué extendido ante el funcionario ya nombrado, no sólo porque en caso de haberlo sido habría usado del sello, como lo hizo en la escritura extendida ante él en esa misma fecha, sino también porque del certificado del notario propietario consta que en el mencionado mes de septiembre no se otorgó ningún testamento;

20. Que la omisión de algún requisito ó formalidad que la ley prescribe para la validez de ciertos actos ó contratos en consideración á la naturaleza de ellos, importa la nulidad absoluta de dichos actos ó contratos, la cual puede y debe ser declarada por el juez sin petición de parte cuando aparece de manifiesto en el acto ó contrato, todo lo cual ocurre en el presente caso.

Por estas consideraciones y de acuerdo con lo establecido en la ley 54 y 55 título 18 Partida 3ª, 1º 2º título 2 Partida 6ª, 11 título 23 libro 10 y 1ª, 2ª título 18 libro 11 de la Novísima Recopilación; artículos 10, 11, 1009, 1010, 1021, 1023, 1025, 1026, 1681, 1682, 1683, 1698, 1700, 1712 del Código Civil; 151, 167, 374, 428, 429, 432 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar á la demanda, con costas, en que se condena al demandado, y en consecuencia que es nulo y de ningún valor el testamento solemne cerrado que se dice otorgado por don Manuel Molina en la ciudad de Valdivia el 10 de septiembre de 1897 y á que dicha sentencia se refiere.—*Aníbal Claro Lastarria.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones resolvió:

Concepción, 10 de agosto de 1905.

Aceptando la parte expositiva de la sentencia y teniendo en consideración.

1º Que los demandantes han probado suficientemente que el 10 de septiembre de 1897, día en que se dice otorgado en Valdivia por don Manuel Molina el testamento cerrado de cuya nulidad se trata, dicho Molina se encontraba en Osorno, lugar de su residencia; y que atendida la distancia que hay entre uno y otro lugar, es materialmente imposible que en el día indicado hubiera podido ir á Valdivia á otorgar su testamento;

2º Que si bien el demandado ha rendido también por su parte su prueba testimonial tendente á establecer que don Manuel Molina se encontraba en Valdivia y no en Osorno el día 10 de septiembre ya mencionado, dicha prueba es menos digna de crédito que la rendida al respecto por los demandantes, tanto porque los testigos de aquel no indican en sus declaraciones motivos atendibles que manifiesten que es verosímil que conservaran en la memoria un hecho acaecido varios años antes, mientras que los de los demandantes, si no todos, al menos la mayor parte, indican esos motivos; cuanto porque las declaraciones de estos mismos testigos se encuentran corroboradas con las diversas circunstancias que en seguida se enumeran, y que constituyen presunciones graves, precisas y concordantes del hecho controvertido: *a*) informe del doctor don Eduardo Gunkel, en el cual expone que según los libros de apuntes que llevaba como médico, el día 10 de septiembre de 1887 atendió profesionalmente á don Manuel Molina en Osorno; *b*) examen de libros de Sachse y Schwarzenberg, de que dan cuenta las diligencias y de los cuales aparece que Molina compró el 10 de septiembre de 1887 varias mercaderías en esa casa comercial, en Osorno; *c*) planilla de la cual aparece que el mismo Molina hizo el pago á que se refiere don Ernesto Hutscher, en la fecha ya indicada; y de varios apuntes privados de Molina, relativos á diversos trabajos ejecutados en su casa habitación, y de los cuales aparecen anotados detalladamente por él mismo los trabajos ejecutados el día 10 de septiembre.

3º Que además de lo expuesto en el considerando anterior, se encuentra plenamente comprobado con prueba testimonial y documental, que don Manuel Molina se encontraba en Osorno en los días 9 y 11 de septiembre de 1887, lo cual, aunque no bastara lo ya expuesto anteriormente, sería suficiente para establecer que el día 10 no pudo encontrarse en Valdivia atendida la distancia, que hay entre esta ciudad y Osorno y la manera como se hacía en esa época el viaje entre uno y otro punto;

4º Que existen todavía otros antecedentes que hacen presumir que don Manuel Molina no otorgó el testamento de que se trata; de ellos son principalmente: *a*) la carta de don Guillermo Frich de Valdivia, en que contestando á una de don Manuel Molina de fecha 12 de septiembre de 1887, le manifiesta el pesar que sienten él y los miembros de su familia al saber por dicha carta que no podrá ir á aquella ciudad en todo ese mes; *b*) la declaración del mismo Frick, quien manifiesta que á su juicio el testamento de que se trata no fue otorgado por Molina, ni éste ha podido encontrarse en Valdivia el día 10, tanto porque Molina lo habría buscado á él y á otros amigos como testigos y no á personas que ni aun residían en Valdivia, cuanto por lo que le indica en la carta de que se ha hecho mérito; y todavía porque se habría alojado en su casa como lo hacía siempre; *c*) la declaración del notario de Valdivia don Gerardo Ríos, en

ue expone que el notario suplente que apa-
ece autorizando el testamento de que se tra-
a, no hace figurar partida alguna relativa á
erechos percibidos por autorización del tes-
amento, siendo así que en una lista que llevó
l efecto, anotó detalladamente todos los de-
echos percibidos durante la suplencia; *d*) la
ircunstancia de que en el referido testamento
o estampara el notario que se dice autori-
ante el sello de la notaría, cuando lo estam-
ó en todos los demás instrumentos que au-
orizó; *e*) las declaraciones prestadas en este
uicio por los testigos instrumentales don
Carlos de la Guarda y don Carlos Bustaman-
e, quienes expresaron que no se encontraron
resentes al otorgamiento del testamento y
que sus firmas las pusieron con fecha poste-
ior á aquella en que se supone otorgado; *f*)
El hecho de que don Delfín Molina pregunta-
a á algunas personas, después de la muerte
le don Manuel Molina, si se sabían si éste ha-
bía testado y el pesar que manifestó á la res-
puesta negativa de esas personas, expresando
que si lo hubiera hecho le había dejado algo;
g) y por fin la circunstancia que no ha sido
explicada satisfactoriamente en los autos, de
que el mismo don Delfín, que según él era depo-
sitario del testamento de don Manuel, lo pre-
sentara al juez para su apertura algún tiem-
po después de la muerte de éste y cuando los
demandantes habían obtenido la posesión de
su herencia y habían terminado ó estaban
por terminar la partición de sus bienes.

5º Que de todos los antecedentes de que se
a hecho mérito en los considerandos prece-
entes aparece claramente establecido que el
estamento de que se trata no fué otorgado
por don Manuel Molina á quien se atribuye
que, por consiguiente, dicho testamento es
ulo y de ningún valor;

6º Que declarada la nulidad del testamen-
o por no haber sido otorgado por la perso-
a á quien se atribuye, es inoficioso pronun-
arse acerca de las otras causales de nulidad
ducidas y que se refieren á la inobservancia
e varias de las solemnidades esenciales exi-
idas por la ley, para el otorgamiento y
pertura de un testamento cerrado.

Por estos fundamentos y de conformidad
on lo prescrito en los artículos 999 del Có-
digo Civil, 374 y 431 del Código de Procedimiento Civil, se confirma con costas del recurso la mencionada sentencia de 27 de junio de 1904, en cuanto declara nulo el testamento de que se ha hecho mérito y á que se refiere la demanda, y apareciendo de los antecedentes relacionados mérito bastante para estimar que se han cometido los delitos de falsificación, perjurio y falso testimonio, el juez de letras de Osorno instruirá el correspondiente sumario.

Redactada por el señor Figueroa Lagos.—*Juan N. Parga.—E. Egaña.—Exequiel Figueroa.*

Como se hiciese presente al tribunal que esta sentencia contenía algunos errores de copia ó de referencia, en cuanto á que el mes de septiembre citado en los considerandos 2º, 3º y 4º no era el del año 1887 sino el de 1897, fueron ellos salvados por la resolución de 30 de agosto de 1905, declarando que debía tenerse á ésta como parte integrante de aquella.

A nombre del mismo demandado interpuso su mandatario en el juicio, recurso de casación en el fondo contra la sentencia ya trascrita de una de las salas de la Corte de Concepción y formalizándolo dice:

Dispone el artículo 1700 del Código Civil "que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y á su fecha". El testamento cerrado otorgado por don Manuel Molina se protocolizó con todas la formalidades de la ley, materia sobre lo cual no hay siquiera discusión, luego es instrumento que da plena fe de haberse otorgado en la fecha que en él se expresa.

Al declarar la sentencia recurrida que don Manuel Molina no otorgó el testamento que consta del instrumento público respectivo, en virtud de este fundamento único que ha influído de una manera substancial en lo dispositivo de la sentencia misma, ha declarado la nulidad de ese testamento contraviniendo á lo dispuesto en el artículo citado.

Se necesitan de antecedentes muy poderosos y de una fuerza de verdad incontrastable, para destruir el mérito probatorio y la plena fe que se desprende de un instrumento público cualquiera, y no hay en los autos antecedes-

te alguno á que la ley atribuye la capacidad de destruir el mérito de uno de esos instrumentos. En el caso de que se trata desaparece por completo toda sombra de dudas sobre la ineficacia legal de los antecedentes invocados por la Corte, si á lo expuesto en general se agrega la circunstancia de que ese instrumente público tiene solemnidades especiales que han debido existir, tanto al tiempo de otorgarse como al practicarse las diligencias de su protocolización.

La prueba testimonial rendida por las partes, no ha podido ser tomada en consideración por el tribunal, tanto porque el juez de primera instancia rechazó el mérito probatorio de ella y la parte contraria no reclamó, cuanto porque son inverosímiles, hasta tocar los límites de lo absurdo, las declaraciones de testigos que sostienen, cinco años más tarde, haber visto á don Manuel Molina el 10 de septiembre de 1897 en la ciudad de Osorno.

La Corte de Apelaciones no ha podido salir de los términos en que se trabó la discusión en segunda instancia y no ha podido tampoco dar mérito á la prueba testimonial rendida de contrario.

El considerando 8º de la sentencia de 1ª instancia decía así:

"Que los demandantes, con los testigos que declaran al tenor del interrogatorio han pretendido probar que don Manuel Molina estuvo en esta ciudad y no en Valdivia, el 10 de septiembre de 1897, y el demandado á su vez con los testigos que deponen al tenor del interrogatorio ha pretendido asimismo establecer que el citado señor Molina estuvo en Valdivia y no en esta ciudad el indicado día, pero dichas pruebas no son atendibles, no sólo porque con ellas se trata de establecer hechos negativos entre sí, sino también porque es inverosímil que los testigos recuerden un hecho ocurrido en un día determinado cinco años antes de la fecha en que declararon, con los detalles que indican en sus declaraciones".

Aún en la hipótesis de que el tribunal hubiere estado en actitud de apreciar esa prueba, siempre en el fallo se habría infringido la disposición contenida en el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, artículo que establece la única manera de invalidar con prueba de esta naturaleza una escritura pública. Se necesitan cinco testigos que declaren que el otorgante de la escritura ha permanecido fuera del lugar en el día del otorgamiento y en los setenta días subsiguientes. Por consiguiente, es del todo ilegal aceptar con ese objeto una prueba testimonial en que los testigos no aseveran absolutamente nada sobre esos puntos.

Frente á una disposición terminante y explícita como la del artículo 1700 del Código Civil, la Corte en la sentencia recurrida coloca antecedentes que sólo importan argumentos inductivos en contra del hecho de haber otorgado don Manuel Molina el testamento que consta de un instrumento público. Las presunciones tienen por su naturaleza el gran defecto de hallarse sujetas á apreciaciones diversas según el punto de vista en que se consideren. Por eso la ley las coloca en último término como medio probatorio, y por eso no les atribuye la fuerza suficiente para destruir la plena fe de que trata el mencionado artículo.

Entra en seguida el recurrente en un extenso análisis de la prueba testimonial rendida, tanto por la parte demandante como por él mismo, y á exponer las consecuencias que á su juicio, pudieran deducirse de esa prueba; estudia los antecedentes y presunciones en que, según dice, se ha pretendido demostrar la falsedad del testamento de don Manuel Molina y termina exponiendo que es evidente la infracción de las leyes en que se ha apoyado el recurso.

En el escrito en que lo funda se limita á decir que reproduce como fundamento lo dicho ya al formalizarlo y respondiendo la parte contraria, pide su rechazo y expone:

En resúmen las disposiciones legales que se dicen infringidas son el artículo 1700 del Código Civil y el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto exige prueba testimonial de excepción para invalidar una escritura pública.

Los demandantes, respondiendo, expresan: Suponiendo que el Excmo. Tribunal pueda pronunciarse sobre las causales de un recurso en que aparece de manifiesto que ataca

dido el mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido, no es posible, invalidando la sentencia, dictar una diversa, entra no obstante á estudiar estas causales.

Si bien es cierto que el citado artículo 1700 del Código Civil prescribe que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, también lo es que ese artículo no dice que haga también plena fe de haber sido extendido realmente por la persona que aparece otorgándolo.

De la prueba que aprecia la sentencia recurrida dedujo que el testamento en cuestión no fué otorgado por don Manuel Molina y al fijar este antecedente que juzgó exacto, no ha resuelto, ni directa, ni indirectamente, que el instrumento público no haga fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha.

El hecho de otorgamiento en un día determinado, no es prueba de que la persona que aparece declarando su voluntad sea la misma cuyo nombre expresa el instrumento; y lo que á este respecto dice la sentencia es que de la prueba resulta que don Manuel Molina se encontraba en Osorno el día en que ese instrumento se otorgó, y que, en consecuencia, no es físicamente posible que ese mismo día compareciera ante un notario de Valdivia y los testigos necesarios, á otorgar un testamento cerrado. Dado este antecedente, no puede ser de don Manuel Molina el testamento que, como suyo, se presentó.

Si el tribunal apreció mal la prueba, como se pretende, el error en que pudo incurrir en el ejercicio de facultades privativas, no es suceptible de ser enmendado por el Tribunal de Casación, desde que la ley no le permite alterar los hechos establecidos en el fallo.

El instrumento público prueba respecto de terceros su existencia y su fecha; pero no acredita la identidad de las personas que en él intervinieron, y, si esto es así, su mérito puede destruirse por otros medios. Redargüido de falso en cuanto da por concurrente al acto á una persona que no ha concurrido, la prueba de la falsedad no la rechaza la ley, y, por consiguiente, no se puede decir que se infringe el artículo 1700 del Código Civil por una sentencia que declara, apreciando la prueba rendida, que no ha sido otorgado por una persona, en un día dado, un instrumento público en que esa persona figura como otorgante.

No incumbe al tribunal que conoce de este recurso, juzgar si hay ó no en autos antecedentes bastantes para establecer la falsedad, pues debe admitir que hay lo que la sentencia establece.

En cuanto á la eliminación de la prueba testimonial porque, según se supone, fué ella desestimada por el juez en los considerandos de su sentencia, y no habiendo sido apelado este punto, no ha podido ser tomada en cuenta por la Corte en la sentencia recurrida, basta expresar la doctrina para desecharla.

El mismo recurrente, que así aprecia esta cuestión, concluye por suponer que el Tribunal de Apelaciones hubiera podido pronunciarse sobre la prueba testimonial, pues esta hipótesis le sirve de fundamento para señalar la infracción del artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto los testigos que debieron ser cinco por lo menos, nada declaran acerca de que el otorgante de la escritura hubiese permanecido fuera del lugar del otorgamiento en el día de su fecha y en los setenta subsiguientes.

Este artículo se refiere determinada y únicamente á la escritura pública porque en alguna de éstas atendido su objeto y el número de personas que en ellas intervienen, es imposible que se firmen en un sólo día, como por ejemplo, la constitución de una sociedad por acciones, pero tratándose de un testamento solemne, no se concibe que pueda otorgarse en un día dado y firmarse en otro subsiguiente por el testador, el escribano ó alguno de los testigos.

Por otra parte es notorio que el citado artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, exige una prueba de excepción para un caso expresamente determinado y que, por lo tanto, es también de excepción; pero por lo mismo, las reglas que él establece no pueden hacerse extensivas á otros casos por analogía.

El artículo 431 dispone que entre pruebas contradictorias se prefieren las que los tribunales crean más conforme con la verdad y al

usar de esta facultad la Corte de Concepción no ha infringido ninguna ley.

Se oyó á uno de los señores Ministros, y

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que si bien por el artículo 1700 del Código Civil se prescribe que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y á su fecha, también lo es que dicho artículo se refiere naturalmente á los instrumentos verdaderos, sin que nada estatuya acerca del modo y forma como deban redargüirse por la falsedad de que puedan adolecer;

2º Que en orden á esto último, tanto las leyes penales, como las civiles y en especial los artículos 344 y 432 del Código de Procedimiento Civil, permiten expresamente, de conformidad con los principios generales del derecho, impugnar la autenticidad de todo instrumento público y privado, ó probar las suplantaciones cometidas; y aceptan como medios probatorios del hecho, tanto el cotejo de letras, como los que "las leyes autoricen para la prueba del fraude"; con la restricción señalada en el artículo 432 citado para cuando se procure invalidar una escritura pública con sólo prueba testimonial;

3º Que en el caso de autos la Corte sentenciadora no ha hecho otra cosa en el fallo recurrido que apreciar el mérito de la prueba rendida, consistente en instrumentos, testigos y otras circunstancias presuntivas para establecer, en uso de sus facultades privativas que, á su juicio, don Manuel Molina, causante de la herencia á que se refieren las partes, no pudo otorgar el 10 de septiembre de 1897 el testamento de que se trata en la ciudad de Valdivia, porque el mismo día se hallaba en la ciudad de Osorno, y porque, atendida la distancia de ambas ciudades, era físicamente imposible que hubiera efectuado ese otorgamiento.

4º Que de esta suerte resulta que la Corte sentenciadora ha fundado la apreciación de este hecho en una prueba admitida por la ley respecto de la autenticidad de un instrumento público contra el cual se ha producido toda clase de prueba; y porque no se ha tratado del caso de excepción que señala el citado artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, y

5º Que por lo expuesto no se ha infringido el artículo 1700 del Código Civil desde que nada se ha resuelto en contra de lo que prescribe; ni el artículo 432 del de Procedimiento Civil que la Corte no ha aplicado de ningún modo.

Vistos los artículos 960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se desecha, con costas del recurso, el de fondo que se ha formalizado. Se aplica á favor del Fisco la cantidad de $ 150 que ha debido consignar atendida la cuantía indeterminada de la causa.

Redactada por el señor Ministro Urrutia.—*Leopoldo Urrutia.—J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Leoncio J. Rodríguez.—E. Fóster Reeabarren.—J. Bernales.—L. Romilio Mora.*

Cas. en el fondo.—3 de agosto de 1907

Barbagelata con Eastman

Aguas.—Cauce artificial.—Servidumbre.—Prescripción.—Acto de mera facultad ó tolerancia.—Posesión.

DOCTRINA:—*Las aguas que corren por un cauce artificial construído á expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construído el cauce.*

Para adquirir la servidumbre voluntaria de servirse en beneficio propio de las aguas de un canal construído á expensa ajena ó, lo que es lo mismo, el dominio de una parte de las aguas de dicho canal por haberse servido de ellas durante cierto tiempo, debe probarse la existencia de la servidumbre y, no habiendo tenido posesión regular, la prescripción

de treinta años, conforme al artículo 2510 del Código Civil, no siendo bastante para adquirir el dominio del agua la prescripción de diez años que se invoca.

El hecho de haber permitido los dueños del cauce artificial que un tercero extraiga por un cañón una parte del agua de dicho canal que antes arrendaba, después de expirado el arriendo, es un acto de mera facultad ó tolerancia que no confiere posesión ni da fundamento á prescripción.

Don Agustín Barbagelata demanda ante el juzgado de Quillota á los dueños del canal Ovalle ó Urmeneta y dice que es dueño del fundo denominado "Hijuela Pagadora de la puntilla de Pocochay", desde el 14 de junio de 1899, fundo que durante más de veinte años antes, hasta el mes de octubre de 1899, ha gozado de una servidumbre de agua de regadío sacada del canal Ovalle por medio de un marco, boquete ó boca-toma de seis por seis pulgadas en cuadro y conducida al fundo por un cañón de fierro para el uso y riego de las casas, huertas y potreros cercanos á éste, comprendidos entre el canal mencionado y el camino; que en el mes de octubre de 1899 se modificó tal estado de cosas por orden del administrador del canal señor Arturo Eastman Cox, sustituyendo el marco por dos cañones concéntricos de fierro, es decir un cañón colocado dentro del otro, teniendo el cañón interior por donde sale el agua mayor longitud y un diámetro de dos pulgadas con lo cual se ha reducido considerablemente el orificio de salida del agua; que agregando su posesión propia inscrita á la de sus antecesores en el dominio del fundo, cuenta con más de diez años de posesión y goce tranquilo y no interrumpido de las aguas á que ha hecho referencia; de manera que ha adquirido por prescripción ordinaria la servidumbre voluntaria continua y aparente constituída á favor de su fundo para gozar de dichas aguas, conforme á los artículos 882 inc. 2º, 2500 y 2512, núm. 2º del Código Civil; que corroboran la existencia de esta servidumbre el título adquisitivo de dominio de su fundo, la escritura de hipoteca constituída sobre él por los señores Rodríguez Mons en el año 1893, y la estipulación que se hizo al practicarse la división de todo el fundo Pocochay, referente á que los sobrantes ó estrujes de la "Hijuela Pagadora" se destinarían á las hijuelas 6ª y 7ª de aquel fundo. Agrega que la privación ó despojo del agua aludida desde el mes de octubre de 1899 hasta la fecha de la sentencia que se pronuncie en este juicio, le ha irrogado y le irrogará daños y perjuicios que estima en dos mil ochocientos pesos anuales; porque le ha impedido efectuar siembras y cosechas de cereales y pastos, que podía haber efectuado teniendo las aguas de que ha sido privado.

Por lo cual demanda á los dueños del canal Ovalle ó Urmeneta para que en definitiva se declare:

1º Que tiene derecho al dominio y posesión exclusiva de un acueducto ó boca-toma de aguas de regadío y consumo de seis por seis pulgadas en cuadro ó de la dimensión que se compruebe, sacada del canal Ovalle en el mismo lugar en donde se le ha dejado el cañón de dos pulgadas de diámetro, por haber obtenido ese derecho, á virtud de la servidumbre voluntaria continua y aparente adquirida por prescripción de diez años; y

2º Que se condene á la parte demandada á pagarle la suma de dos mil ochocientos pesos anuales por los perjuicios del daño emergente y lucro cesante enunciados, ó la cantidad de pesos que el juzgado fije con ó sin informe de un perito, con costas.

Contestando don Ramón Garzo por la sucesión de don Tomás Eastman, compuesta de doña Sofía Cox de Eastman, de don Arturo Eastman, don Tomás, don Víctor, doña Sofía, don Adolfo, don Edmundo y don Nataniel Eastman; don Santiago Lyon por doña Carmen Santa María de Lyon, don Rafael Ariztía, don Juan A. Covarrubias por la Municipalidad de San Francisco de Limache y don Adolfo Eastman Quiroga, piden que se desechе la demanda, con costas, y dicen: que cuando don Baldomero Rodríguez, antecesor del señor Barbagelata, tenía á su cargo el fundo

de Pocochay gozaba en arrendamiento de un caudal de agua sacada del canal Ovalle como de un regador más ó menos, extraído por varios cañones, por cuyo servicio pagaba una renta hasta el año 1893 en que se dió por terminado el arriendo, y se cegaron los boquetes, dejándose, por mera tolerancia y como concesión que los dueños del canal podían hacer cesar, un cañón de dos pulgadas de diámetro para el servicio de las casas del fundo sin pagar arriendo; de manera que es falso, se dice, todo lo aseverado al respecto por el demandante; que la constitución de la servidumbre á que se refiere el demandante no es procedente en derecho en el caso actual, y en el supuesto de tener cabida no han trascurrido los diez años; que tampoco es procedente la acción entablada, porque se pide que se le declare dueño de aguas del canal, alegando para ello la constitución de una servidumbre; que habiendo confesado el demandante que en octubre de 1899 perdió la posesión de las aguas que reclama, tal interrupción natural hace perder la posesión anterior según el artículo 2505 del Código Civil; que además desde 1893 hasta la fecha, ha habido entre los comuneros del Ovalle menores de edad, de modo que estaría suspendida la prescripción, á virtud del artículo 2509 del mismo Código; que en consecuencia el señor Barbagelata no tiene derecho á las aguas del canal Ovalle; y que respecto á los perjuicios que cobra, no estando los dueños del canal obligados á suministrarle agua, mal pueden ser responsables de los perjuicios que le ocasione su privación.

Reconvienen al demandante y dicen: que habiéndose dejado el cañón de dos pulgadas por mera tolerancia, que no confiere posesión según el artículo 2499 del Código Civil y no constando el derecho que pretende hacer valer el demandante, piden que se declare que debe quitarse ese cañón y cualquiera otro que se coloque ó haya colocado en el lugar en donde aquel está.

Don Carlos T. Ward que también fué demandado pidió el rechazo de la demanda, porque él no es comunero del canal Ovalle. En la réplica, el señor Agustín Barbagelata insiste en que el señor Ward es condueño en el canal y debe afectarle la demanda, la que debe aceptarse también respecto de este demandado.

En la réplica el demandante insiste en sostener que tiene derecho á la servidumbre que se ha referido en la demanda y pide se niegue lugar á la reconvención.

El arrendamiento hecho por Rodríguez fué de cierta porción de agua del canal para extraerlo en un punto diverso, en el potrero llamado del "Rabanal" y no se refería al cañón que existe en frente de las casas.

La servidumbre que se le quiere desconocer, agrega, la ejercita desde hace veinte años y á ella tiene derecho según lo dispuesto en los artículos 577, 576, 583, 880, 588, 828, 2512 y 2492 del Código Civil. El derecho real de servidumbre implica legalmente el derecho de dominio de las aguas y al acueducto ó cañón por medio del cual dichas aguas deben ser extraídas. Luego su acción ha podido dirigirse y se dirige á pedir se declare su derecho á la servidumbre de las aguas; por consiguiente, al dominio de ellas y del acueducto.

No es exacto que se trata de un acto de mera tolerancia, pues, tanto el demandante como su antecesor en el dominio, han estado en larguísima y no interrumpida posesión de ese derecho como dueños absolutos, concedido quizás en otro tiempo por la sociedad Ovalle Hnos. en 1861 en compensación del consentimiento otorgado por los anteriores propietarios, para que el canal atravesara el fundo "Puntilla de Pocochay".

No ha existido la interrupción de la prescripción invocada por los demandantes, porque lo que se hizo por ellos en 1889 fué sólo disminuir el diámetro del acueducto, reduciendo á dos pulgadas de diámetro el orificio de salida de las aguas, y porque eso ocurrió después de estar cumplida con exceso la prescripción legal de diez años.

En cuanto á la argumentación de estar suspendida la prescripción por haber menores de edad, debe observarse que en esta clase de prescripción no se reconoce esa suspensión, como claramente se infiere de los artículos 882, 2508, 2509 y 2512 del Código Civil. Por

otra parte, la prescripción se ha cumplido antes del año 1893, desde que esta servidumbre data desde el año 1861.

En la dúplica se insiste en lo dicho al contestarse la demanda.

Recibida á prueba la causa se rindió la que obra en autos. Las partes alegaron lo conveniente á su derecho y fueron citadas para oir sentencia.

Por parte del demandante se opuso al testigo Jesús Lazo la tacha indicada en los números 4º y 5º del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil por ser labrador en el fundo Santa Teresa de propiedad de doña Carmen Santa María de Lyon. El demandado pidió el rechazo de la tacha por ser el testigo trabajador de don Jorge Ariztía, hecho reconocido por el testigo.

Y por parte del demandado se opuso al testigo Francisco Antonio Silva la tacha de los números 4º, 5º y 6º del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil por ser mediero con el demandante, hecho reconocido por el testigo.

Y al testigo Abelardo Silva se le opuso tacha del número 6º del mismo artículo por ser trabajador del mediero Francisco Arturo Silva, por lo cual se pidió por el demandante el rechazo de la tacha

El Juzgado de Quillota con fecha 30 de diciembre de 1903, resolvió:

Teniendo presente:

Que las tachas opuestas á Jesús Lazo y Abelardo Silva no son legales, se declara que no ha lugar á ellas; y que siendo legal la tacha opuesta al testigo Francisco Antonio Silva se declara que ha lugar á ella.

Y considerando respecto de la demanda:

1º Que en ella el demandante ejercita la acción reivindicatoria ó de dominio respecto de un acueducto ó boca-tóma de 6 por 6 pulgadas en cuadro para extraer agua del canal Ovalle, fundándose en el haber obtenido el derecho de dominio á virtud de la servidumbre de acueducto voluntaria, continua y aparente adquirida por prescripción de diez años, y en el hecho de haber sido sustituído aquel acueducto de parte de los demandados por un cañón de dos pulgadas de diámetro colocado frente á las casas del fundo del demandante. Se cobran además perjuicios por la privación de dicha agua;

2º Que según el artículo 588 del Código Civil los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción; de manera que el modo de adquirir alegado por el demandante, ó sea la servidumbre voluntaria, continua y aparente obtenida por prescripción de diez años, no es legal; sino que constituye un derecho real diferente al de dominio;

3º Que el demandante no ha comprobado haber adquirido el dominio del acueducto ó boca-toma á que se refiere en la demanda por ninguno de los medios autorizados por la ley;

4º Que consta del acuerdo de las partes y de los documentos que obran en autos que los demandados son los actuales dueños del canal Urmeneta y Ovalle, de modo que á ellos pertenecen las aguas que conduce el acueducto;

5º Que tampoco se ha acreditado por el demandante la adquisición de la servidumbre voluntaria de acueducto continua y aparente que dice haber obtenido por prescripción de diez años, pues consta de la prueba rendida por los demandados que el agua extraída del canal Ovalle durante más de diez años por don Baldomero Rodríguez y otros poseedores del fundo del demandante, por dos cañones, uno frente al potrero el "Rabanal" y el otro frente á las casas del fundo, era arrendada pagándose por ella la suma de $ 300 al año;

6º Que por lo tanto, no habiéndose acreditado el dominio de las aguas del acueducto á que la demanda se refiere, no es procedente el cobro de perjuicios que la privación de dichas aguas ha podido ocasionar en el fundo del demandante;

Y teniendo presente respecto de la reconvención lo expuesto en el considerando 5º, y que consta de la prueba rendida que el mantenimiento del actual cañón de dos pulgadas de diámetro colocado frente á las casas del fundo del demandante, tuvo su origen en un acto de mera facultad de parte de los dueños del canal Ovalle hacia don Baldomero Rodríguez, antecesor del demandante en la posesión y tenencia del fundo, para los menesteres de las casas y huerto, acto que si bien ha sido tole-

Manuel Jesús Montalva sin que nunca lo haya sido de don Rodulfo; tanto éste como don David Andreus que obraba en representación de aquella sucesión manifestaron á Athens que debía entregar el fundo "Santa Sofía" á Andreus, que obraba en representación y en vista de esto Athens tomó en arrendamiento el mismo fundo contratando con Andreus, por escritura de 27 de abril de 1901, sin determinarse el día en que terminaría este nuevo arrendamiento, aunque se advirtió que el contrato duraría hasta que se remataran los bienes de la sucesión Montalva; que el 2 de octubre de 1902 se remataron esos bienes adjudicándose á Athens, el fundo "Santa Sofía" como se ve en la escritura de 17 de abril de 1903, inscrita el 10 de junio del mismo año; que no existen los daños de que habla don Rodulfo, sino que al contrario, la propiedad ha sido mejorada en sus casas y cerramientos; que si hizo cambios de importancia en la propiedad los llevó á efecto en virtud de su dominio, ni adeuda cánones de arrendamiento á don Rodulfo porque se los pagó puntualmente hasta el 30 de abril de 1901.

En la réplica insiste don Rodulfo en llamarse dueño del fundo "Pilconilao." No se opuso á la inscripción que hizo Athens, porque esta se llevó á efecto cuando el demandante estaba ausente; é insiste en todo lo que tiene dicho y pedido en su demanda.

En la dúplica dice Athens que don Rodulfo Montalva, al darle en arrendamiento expresó explícitamente al demandado que esa propiedad era de los herederos de don Manuel Jesús Montalva (quienes se la tenían prestada); que el dominio de los herederos de don Manuel Jesús Montalva es público y notorio y de más de treinta años contados hasta el día en que vendieron aquel fundo al demandado. No es efectivo que don Rodulfo se hallara ausente durante las publicaciones de los avisos que precedieron á las inscripciones, durante ese tiempo aparece don Rodulfo otorgando instrumentos públicos es esta ciudad.

Recibida la causa á prueba se rindió la que corre en autos.

Se reservó para definitiva resolver el sentido en que debía tenerse la respuesta 6ª que Athens dió á las posiciones.

Don Rodulfo Montalva agregó que para resolver, debía tenerse presente que el terreno "Pilconilao, Paicaví, Santa Sofía", objeto de la demanda, es de dominio suyo adquirido por compra á Juan y Luisa Merinao y á don Filadelfo Salazar, que ese terreno lo dió en arrendamiento antes que á Athens, á don Mardoqueo Hermosilla, como se ve de la escritura compulsada, que por ese terreno ha pagado la contribución de haberes como se ve en los recibos del certificado del Tesorero Municipal de Quidico y de los certificados; que con la prueba testimonial también acredita ser dueño y poseedor de aquel fundo que es el mismo que dió en arrendamiento á Athens; que con esos mismos testigos acredita la destrucción que Athens llevó á efecto en el predio, que dicho terreno estaba hipotecado á don José Filadelfo Salazar por el demandante cuando Athens otorgó la escritura de compraventa con que ahora quere llamarse dueño, escritura ineficaz, dolosa, como lo es también el contrato de arrendamiento que sobre ese terreno celebró con Andreus, que las compraventas ó contratos de que la sucesión Montalva pretende derivar sus derechos no corresponden al predio "Pilconilao," refiriéndose esos contratos á terreno diferente de éste.

Alegando el señor Athens, pide que se desche con costas la demanda. Ha justificado que el demandante no es ni ha sido dueño de "Pilconilao-Santa Sofía," fundo que Athens adquirió por escritura de 17 de abril de 1903 inscrita el 10 de junio de ese año. Los vendedores adquirieron ese terreno por las escrituras inscritas, escrituras que hacen relación precisamente al fundo "Pilconilao-Santa Sofía" de la demanda; que don Rodulfo Montalva, agrega, no acompaña título alguno á su favor referente á dicho predio; que la escritura asigna límites distintos de los asignados en la demanda, aunque clandestinamente el demandante hizo inscribir el 20 de junio de 1905 esa escritura asignándole los límites del predio litigado; con seis testigos acredita Athens que el predio era propiedad exclusiva de don Manuel Jesús Montalva; que se ha demostrado que don Rodulfo Montalva, al celebrar con el demandado el arrendamiento,

lo hizo versar sobre cosa ajena. Tampoco puede don Rodulfo exigir siquiera el cumplimiento del arrendamiento, ya que este versó sobre cosa ajena, haciendo ilícito su objeto, no pudiendo el arrendador exigir tampoco la entrega de la propiedad ni cánones, ni perjuicios.

No admite los recibos de contribución como documentos probatorios, recibos que han sido falsificados en cuanto al nombre de la propiedad.

Se citó para sentencia y el juzgado de Cañete, con fecha 20 de enero de 1906, falló:

Considerando:

Que don Rodulfo Montalva el 15 de abril de 1898 dió en arrendamiento á don Germán Athens el fundo "Piconilao-Santa Sofía", como se ve de la escritura; fundo que, cómo se ve del contrato dió también en arrendamiento Andreus en su carácter de mandatario de la sucesión de don Manuel Jesús Montalva al recordado señor don Germán Athens, el 27 de de abril de 1901;

Considerando que este mismo fundo lo aparece comprando el señor Athens á la sucesión de don Manuel Jesús Montalva como se ve de la escritura de 17 de abril de 1903, inscrita el 10 de junio del mismo año;

Considerando que don Rodulfo Montalva había adquirido acciones y derechos en dicho fundo como se ve de la escritura inscrita en 16 de febrero de 1901 y como se deja ver también de las diversas escrituras de compraventa semejantes á estas que no hay para qué particularizar aquí;

Considerando que don Manuel Jesús Montalva, representado por don Juan Ascensio Ceballos, compró también acciones y derechos en dicho fundo, como se ve de la escritura compulsada, inscrita el 24 de octubre de 1879;

Considerando que tanto don Manuel Jesús Montalva como don Rodulfo Montalva han adquirido acciones y derechos en el predio "Pilconilao-Santa Sofía", sin que de autos conste que se haya procedido á la división del fundo entre dichos accionistas;

Considerando que la compra-venta de la sucesión Montalva á favor de Athens y relativa á Santa Sofía no podemos entenderla sino respecto á las acciones y derechos que allí tenía don Manuel Jesús ó su sucesión y no respecto á toda la propiedad ya que don Manuel Jesús, lo mismo que don Rodulfo Montalva, no adquirió sino acciones y derechos, siendo por tanto comuneros en el fundo el señor Athens y don Rodulfo Montalva;

Considerando que el arrendamiento celebrado entre Montalva y el señor Athens expiró de hecho y en virtud del contrato respectivo el 30 de abril de 1901;

Considerando que los cánones estipulados en ese contrato fueron $ 300 anuales anticipados por anualidades, eso sí que al celebrar el contrato pagó á cuenta de dichos cánones el señor Athens la suma de $ 400, lo que quiere decir que los cánones del segundo año debían ser $ 200 que unidos á los $ 400 anteriores formarían la totalidad de los cánones de los dos primeros años;

Considerando que don Rodulfo Montalva dice que Athens le pagó sólo un año con toda regularidad, año que no puede referirse al inicial del contrato; ya que hemos visto que entonces Montalva se dió por recibido de los cánones correspondientes á un año y un tercio, ó sea $ 400, de manera que Montalva, en buenos términos, reconoce expresamente haber recibido los cánones de dos años, si conciliamos aquella respuesta con lo que reconoció haber recibido al firmar el contrato;

Considerando que de autos no consta que Athens haya pagado á Montalva los cánones del tercer año;

Considerando que Athens está en posesión del predio en virtud de la comunidad en que se halla por haber adquirido allí los derechos de la sucesión de don Manuel Jesús Montalva;

Considerando que si Athens ha causado perjuicios al predio, esos perjuicios deben soportarlo los comuneros en la proporción correspondiente á sus cuotas; y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1942 y 1950, número 1º del Código Civil; y 151 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á la demanda sólo en cuanto que don Germán Athens debe pagar á don Rodulfo Montalva la suma de $ 300 proce-

dente de los cánones correspondientes al tercer año del arrendamiento aludido en el contrato.

No ha lugar á ninguna otra de las peticiones de las partes, las que quedan eximidas de costas por aparecer que han tenido motivos plausibles para litigar.

Lo resuelto es sin perjuicio de la comunidad en que se halla don Rodulfo Montalva y don Germán Athens en el predio "Pilconilao Santa Sofía" y de las indemnizaciones de que pueda ser responsable Athens con ocasión de sus actos en el fundo, una vez que se determine su cuota en dicho fundo ó se proceda á la partición del mismo.—*José A. Mardónes V.*

Apelada esta resolución la Corte de Apelaciones falló:

Concepción, 18 de marzo de 1907.—Aceptando la parte expositiva y los considerandos 1º, parte 1ª, 7º, 8º, 9º y 10 de la sentencia apelada; y ampliando la exposición al hecho de que en el escrito de expresión de agravios el demandado don Germán Athens agrega que en realidad este juicio es de carácter reivindicatorio, como quiera que don Rodulfo Montalva reclama la entrega del predio "Pilconilao-Santa Sofía" á título de dueño; y por su parte, se cree á su vez el único dueño; que la acción ejercitada es la concedida en el artículo 915 del Código Civil; que habiendo él probado su dominio, ha extendido sus probanzas en tal forma que autoriza para alegar la prescripción ordinaria y extraordinaria uniendo su posesión á la de sus antecesores; que esta posesión es regular y de buena fe por más de treinta años; y en consecuencia, pide que se declare en definitiva que ha lugar á aquella excepción sobre el predio que acaba de nombrar.

En la respuesta á la expresión de agravios, el demandante don Rodulfo Montalva expone que este juicio no es reivindicatorio, ni se alega la acción de que habla el artículo 915 del Código Civil; que las acciones deducidas son las que le confieren las disposiciones contenidas en el § 3º, libro XXVI del citado Código, especialmente la que menciona el artículo 1947 y que para alegar como excepción la prescripción ordinaria y extraordinaria, es necesario poseer á nombre propio y no como arrendatario, y esto mucho menos contra el propio arrendador; que cumpla el señor Athens su contrato, entregue la propiedad arrendada y reivindique después, si quiere; que reivindica el que no está en posesión, para que el que posee sea obligado á restituir; que él posee por intermedio del demandado; y que de lo expuesto, se deduce que el juicio no es ni puede ser reivindicatorio y que las prescripciones alegadas son improcedentes.

Teniendo además en consideración:

1º Que en la demanda no se ejercita la acción reivindicatoria ó de dominio, sino algunas de las que concede al arrendador el § 3º del título XXVI del Código Civil por haber expirado el contrato de arrendamiento de que trata la escritura pública;

2º Que pesan sobre el arrendatario como obligaciones principales del contrato, las de pagar el precio ó renta determinada y de restituir la cosa arrendada al fin del arrendamiento; y el presente caso no es uno de aquellos en que por excepción se exhonera al arrendatario de la última de las obligaciones expresadas;

3º Que el arrendador Montalva entregó al arrendatario Athens el fundo arrendado; y desconoce los derechos de dominio que dicho arrendatario invoca á su favor en virtud de la escritura pública de 17 de abril de 1903, y otorgada pocos días antes de la terminación del contrato de arriendo de que se hace referencia;

4º Que dado lo expuesto en los considerandos anteriores, no es admisible en el presente litigio la pretensión del demandado para que se le declare único dueño del predio que recibió de Montalva en arrendamiento, por haberlo comprado posteriormente á otra persona y se dé lugar á la prescripción ordinaria y extraordinaria que alega; y

5º Que no aparecen suficientemente comprobados los daños que el demandante cobra y sobre cuya especie y monto se ha litigado.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prescrito en los artículos 151, 193, 196, 300 y 772 del Código de Procedimiento Civil y 1545, 1915, 1942, 1947, 1948, 1950 número 2º del Código Civil, se confirma la susodicha sentencia, de 20 de enero de 1903,

con declaración de que ha lugar á la demanda en cuanto á los puntos ó peticiones primera y segunda de ella, menos respecto de la renta de los dos primeros años, que aparece pagada.

Se desecha la prescripción ordinaria y extraordinaria alegada por el demandado en segunda instancia; y se le reservan otros derechos que pueda hacer valer.

Redactada por el señor Ministro don Manuel Rodríguez.—*E. Fuentes R.—Julio Zenteno B.—Manuel Rodríguez C.*

Contra esta sentencia interpuso don Germán Athens recurso de casación en la forma y en el fondo.

Funda la primera causal del de forma, en que la sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia, ha agregado la declaración de que ha lugar á la demanda en cuanto á los puntos 1º y 2º de ella, deducida la renta de los dos primeros años, que está pagada.

Esta declaración comprende la obligación que se impone á Athens de pagar los $ 1.500 que se le demandaban y la renta que se venciera hasta la restitución del fundo, con cuya declaración ha aceptado puntos de la demanda que habían sido rechazados por la sentencia de primera instancia.

Para fallar de esta manera, la sentencia recurrida no ha citado ninguna disposición legal, ni ha agregado ninguna consideración de equidad que sirva de fundamento á su resolución.

Estando establecido en la sentencia que el arrendamiento había expirado el 30 de abril de 1901, y según el contrato, ha debido establecer cuáles son los fundamentos que se han tenido para mandar pagar rentas con posterioridad y hasta una fecha indeterminada.

Las disposiciones legales citadas por la sentencia de segunda instancia no tienen relación alguna con la declaración que manda pagar cánones cuando no hay arrendamiento, cuando ha expirado de hecho, según lo reconoce la sentencia de primera instancia en su considerando 7º

Por los motivos se dejan relacionados se se han infringido las disposiciones de los artículos 941 número 5º y 193 del Código de Procedimiento Civil.

La segunda causal la funda en que la sentencia de segunda instancia ha confirmado el fallo de primera instancia en cuanto establece que hay comunidad entre las partes, suprimiendo, sin reemplazarlos, los considerandos en que se fundaba esa declaración.

La falta de las consideraciones de derecho ó de equidad que ha debido dar la sentencia ha infringido las disposiciones de los números 4º y 5º del artículo 193 y 5º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Se aducen también otras causales por no haberse resuelto peticiones hechas en la expresión de agravios, de que es innecesario tratar, pues basta lo expuesto para la resolución del recurso.

Concedidos ambos recursos se mandaron traer los autos en relación sobre el recurso de forma, y

La Corte:

Considerando, que la sentencia de primera instancia sólo dió lugar á la demanda en cuanto el demandado Athens debía pagar la renta del tercero de los años durante los cuales debía durar el arrendamiento, por cuanto se estimó en el fallo que la duración del contrato debía regir sólo por el tiempo estipulado.

Que al declarar la sentencia recurrida que el demandado debía pagar los $ 1.550 y rentas subsiguientes hasta la restitución del predio arrendado, como estaba pedido en la demanda, ha modificado el fallo en parte sustancial, distinta del aspecto bajo el cual había considerado la cuestión la sentencia de primera instancia, sin dar los fundamentos de hecho ó derecho ó los principios de equidad ni citar disposición legal alguna respecto á esta parte de la resolución, como lo preceptúan los números 4º y 5º del artículo 193 del Código de Procedimiento Civil.

Que de lo expuesto en el considerando que precede resulta que la sentencia de segunda instancia no ha observado la forma ni llenado los requisitos establecidos por la ley al pronunciar el fallo, de lo cual resulta que se ha incurrido en la infracción del número 5º del

artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Que aceptada por el tribunal de casación la primera de las causales alegadas es inoficioso pronunciarse sobre las demás en que se ha fundado este recurso.

Con el mérito de estos fundamentos, disposiciones legales citadas y artículo 959 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar al recurso de casación en la forma interpuesto á nombre de don Germán Athens. Se repone el proceso al estado de verse nuevamente la causa para sentencia por la Sala correspondiente del tribunal Devuélvase á la parte recurrente la cantidad consignada.

Redactada por el Ministro señor Palma Guzmán. — *J. Gabriel Palma Guzmán. —V. Aguirre V.—Leoncio Rodríguez.—J. Bernales.*

Cas. en el fondo.—29 de agosto de 1907

Brañes, sucesión. con Gibbs y C.ª

Causales nuevas de casación.- Cuestión no discutida.—Error de hecho.—Formalización.—Causa; obligación.

DOCTRINA:—*Las cuestiones no discutidas en la litis y que, por lo mismo, no han sido materia del fallo, no pueden ser tomadas en consideración en el recurso de casación.*

Por consiguiente, no habiéndose opuesto como excepción á la demanda, ni siquiera insinuado en el curso de la causa, el error de hecho en que se funda el recurso, no ha podido la sentencia recurrida infringir el artículo 1453 del Código Civil que se supone violado.

Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No pueden, por consiguiente, considerarse causales de casación no alegadas en la formalización del recurso, sino sólo al fundarlo.

No infringe el artículo 1467 del Código Civil, por acoger una obligación sin causa, la sentencia que indica expresamente la causa de la obligación, que fué la adquisición de la cosa cuyo valor se reclama en el juicio.

Don Emilio Zapata y Espejo por doña Tomasa León v. de Brañes y por doña María y don Edilberto Brañes, herederos de don Evaristo Brañes, entabló demanda ante el Juzgado de Iquique contra los señores Gibbs y C.ª, y expuso:

Que don Evaristo Brañes, ya finado, vendió al Gobierno del Perú las oficinas salitreras "San Francisco", "Nueva Rosario", "Paccha" y "San Miguel".

Verificada la venta, se celebró con la Compañía Salitrera del Perú, representante del Fisco peruano en los negocios del salitre, el contrato de elaboración que en copia autorizada acompaña;

Que don Evaristo Brañes cumplió este contrato hasta que por causa de la guerra y ocupación de este territorio por las fuerzas de Chile tuvo que suspender la elaboración:

Que en esa misma época falleció el señor Brañes y que con motivo de la expedición del decreto supremo de 28 de mayo de 1882, los señores Gibbs y C.ª en posesión de los certificados que se expidieron por la oficina "San Francisco", "Nueva Rosario" y "Paccha" rescataron estas oficinas del Gobierno y tomaron posesión de ellas;

Que mientras tanto existía en las oficinas adquiridas por los señores Gibbs y C.ª 8.700 carretadas de caliche, que el señor Brañes había acumulado durante el bloqueo de la costa, y de las cuales se apoderó también la casa compradora;

El demandante acompaña copia de los antecedentes relativos á la adquisición por los señores Gibbs y C.ª de las mencionadas oficinas "San Francisco", "Nueva Rosario" y "Paccha", de los cuales consta que en estas

oficinas había una existencia de caliche reconocida por el Inspector Fiscal de Salitreras; que se acordó proceder al avalúo de ellas por peritos; que los señores Gibbs y C.ª se obligaron á pagar su importe, y que con tal objeto prometieron depositar una cantidad para responder de ese valor;

Que los señores Gibbs y Cª á sabiendas de que el caliche pertenecía á don Evaristo Brañes que hacía poco había fallecido y su familia se hallaba ausente por causa de la guerra, se apoderó del caliche, sin hacerlo medir ni tasar con citación de los herederos de Brañes y de una manera judicial y auténtica;

Que la familia de Brañes, que regresó después al país en la mayor pobreza, ha hecho, en diversas ocasiones, gestiones extrajudiciales para obtener de los señores Gibbs y Cª el pago de su caliche; y que aún cuando dichos señores no se han negado á la indemnización, se han visto obligados á recurrir á la justicia porque la indemnización ofrecida ha sido tan miserable que no ha podido aceptarse;

Que por estas razones á nombre de sus poderdantes demanda á los señores Gibbs y Cª por el pago de las 8.700 carretadas de caliche, cuyo precio de extracción y acopio, ó sea su costo es de $ 700 término medio. Termina pidiendo que se tenga por interpuesta la demanda y se declare en definitiva que ha lugar á ella en la forma relacionada, con costas.

Los demandados contestando exponen: que consta de la exposición hecha en la demanda que don Evaristo Brañes, causante de los demandados, vendió al Gobierno del Perú las oficinas salitreras "San Francisco", "Nueva Rosario", "Paccha" y "San Miguel" y que después de verificada la venta se celebró con la Compañía Salitrera del Perú un contrato de elaboración; que después de la ocupación de este territorio por las fuerzas de Chile y en virtud del decreto de 28 de marzo de 1882, los señores Gibbs y Cª rescataron estas oficinas del Gobierno y tomaron posesión de ellas y que en dichas oficinas había una existencia de 8.700 carretadas de caliche pertenecientes á don Evaristo Brañes.

Agrega el demandado que de los antecedentes acompañados á la demanda no se deduce de qué manera don Evaristo Brañes fuera dueño del caliche acumulado en oficinas que pertenecieron al Gobierno del Perú primero, y al de Chile después y que éste traspasó á los señores Gibbs y Cª *ad corpus* con los linderos que le señalen sus títulos, y con las máquinas, útiles y herramientas que se encontraren en cada oficina al tiempo de la subasta, como se expresa en el artículo 15 del supremo decreto de 28 de marzo de 1882.

Que la casa de Gibbs adquirió *ad corpus*, como queda dicho, las referidas oficinas con todas sus existencias y con el derecho de reclamar de terceros cualquier objeto que á ellos perteneciese; pero que estimando en aquel tiempo el representante de la casa en Iquique que el costo de extracción de una existencia de caliche acumulada que había en la oficina "San Francisco", podría no estar incluída en las propiedades por ellas adquiridas del Fisco chileno, pidió que se tasase dicho caliche ofreciendo depositar su valor por cuenta de quien correspondiese, que así se ordenó y en el comparendo de que dan cuenta las copias acompañadas á la demanda se acordó nombrar perito tasador, sin ulterior recurso, á don Federico Cavada, sub-inspector de salitreras, quien debería tasar por separado el caliche y el costo de producción;

Que según se manifestó después á la casa por el señor Cavada, tasó en $ 774 el valor del costo de extracción y carretaje del caliche, agregando que debía la casa retener en su poder ese valor hasta que se resolviese por la jefatura política si debia ser entregado al Fisco, al señor Brañes, ó á la misma casa;

Que el señor Brañes, en ese tiempo, pidió á Gibbs y C.ª que le hicieron entrega de esa cantidad, á lo que éstos se negaron en virtud de las instrucciones recibidas del señor Caninghan, que hizo despues iguales gestiones ante la jefatura política, pero también sin resultado.

Ahora sostiene la casa que por el rescate de aquellas oficinas *ad corpus* adquirió también el dominio del caliche en el estado en que se encontrase.

Además, el señor Brañes á virtud de sus contratos de elaboración con el Gobierno del Perú sólo adquirió el derecho de ser pagado de una cantidad dada por cada quintal de

salitre que elaborase y entregase al Gobierno peruano; pero nunca la propiedad del caliche, único caso en que pudiera dirigirse contra los sucesores del Gobierno del Perú;

Que la acción del señor Brañes para que se le pague el costo de extracción del caliche acumulado es personal y sólo puede dirigirla contra quien se obligó á su favor, y no contra Gibbs y Cª con quienes no lo ligan vínculos jurídicos de ninguna especie.

Termina insistiendo en que no se dé lugar á la demanda, con costas.

Replicando don Emilio Zapata y Espejo, por los herederos de don Evaristo Brañes refuerza las alegaciones de la demanda y dice:

Que la contestación á la demanda no destruye en lo menor los fundamentos de ésta, porque los señores Gibbs y Cª cuando adquirieron las oficinas mencionadas que don Evaristo Brañes había vendido al Gobierno del Perú, reconocieron la existencia de caliches extraídos que no pertenecían á los compradores, y se obligaron á depositar su importe por cuenta de quien correspondiera;

Que es un hecho incontestable que los demandados reconocieron la obligación de pagar el caliche ó más bien dicho su costo de extracción; y siendo éste un hecho admitido por los demandados, sólo se trata de saber el importe de lo que se debe pagar ya que la persona á quien debe pagarse está también determinada en los mismos antecedentes acompañados á la demanda, pues en ella se halla inserta una acta en que se acordó la avaluación y el nombramiento de peritos, interviniendo en este acto don Daniel Carrasco Albano, como apoderado de don Evaristo Brañes;

Que la razón jurídica en virtud de la cual debe pagarse á la sucesión de don Evaristo Brañes el importe del caliche extraido y existente en las oficinas rescatadas por los señores Gibbs y Cª; se deduce del contrato de elaboración celebrado por don Evaristo Brañes con el Gobierno del Perú, representado para este acto por la Cª Salitrera del Perú, contrato que se hizo constar de la escritura pública que en copia acompaña;

Que en virtud de ese contrato don Evaristo Brañes acumuló durante el bloqueo de la provincia de Tarapacá, todo el caliche necesario á fin de dar cumplimiento al contrato de elaboración de ciento cincuenta mil quintales de salitre, lo cual explica la existencia de las ocho mil carretadas de caliche, cuyo importe se cobra en la demanda;

Que si don Evaristo Brañes pudo en virtud del contrato de elaboración acopiar ese caliche, es indudable que los desembolsos hechos para ese acopio, deben ser indemnizados y pagados por la persona que se apropió del caliche, puesto que para utilizarlo habría tenido que hacer los mismos desembolsos;

Que el Gobierno de Chile pudo transferir á los señores Gibbs y Cª las oficinas vendidas al Gobierno peruano por don Evaristo Brañes; pero que no pudo transferirle al mismo tiempo los capitales introducidos por el último en las propiedades vendidas por razón de un contrato de arrendamiento que se había hecho cesar;

Que esos capitales estaban representados en las oficinas por el caliche extraído y por los fondos que se invirtieron en extraerlo, lo cual no fué materia de la enajenación hecha por el Fisco chileno; y que habiéndose apropiado de esos capitales los señores Gibbs y Cª al apropiarse del referido caliche están obligados á indemnizarlo.

Gibbs y Cª replicando refuerzan también por su parte las alegaciones de la contestación y reproduciendo algunas de ellas agregan las siguientes:

Que en caso de ser procedente contra Gibbs y Cª la acción personal entablada, estaría prescrita en conformidad al artículo 560 del Código Civil peruano.

Que en caso de no estar prescrita la acción y de ser procedente contra Gibbs y Cª, carece de fundamento razonable desde que, en conformidad al contrato de elaboración de salitre que sirve de base á la demanda, el Gobierno del Perú se obligó á pagar una cantidad por cada quintal de salitre elaborado que se entregase puesto al costado de las lanchas en el puerto de Pisagua y de que él se diese por recibido en sus bodegas del mismo puerto; y no por el caliche que se acopiase en canchas para ser beneficiado por el interesado en cumplimiento del contrato de elaboración.

Que para llegar á establecer alguna obligación de parte del Gobierno del Perú ó sus sucesores, á favor de Brañes por el contrato de elaboración, sería necesario discutir primero con legítimo contradictor si Brañes cumplió por su parte las obligaciones que contrajo, y sobre todo la obligación de entregar las oficinas con todas sus maquinarias, útiles, enseres y mejoras en perfecto estado de conservación, lo que no se ha hecho ni corresponde hacerlo á Gibbs y Cª, sin perjuicio del derecho de éstos para exigir del señor Brañes la entrega de todo lo que en conformidad al inventario que se levantó, recibió él con las mencionadas oficinas al celebrar el contrato de elaboración;

Que más clara aparece todavía la ninguna responsabilidad de los Gobiernos de Chile y del Perú á favor de Brañes á virtud del contrato de elaboración del salitre, si se tiene presente que el acopio del caliche se hizo durante el bloqueo de los puertos de Iquique y Pisagua, como se expresa en el escrito de réplica, es decir, cuando ningún derecho tenía Brañes para explotar las oficinas que le habían sido entregadas por el contrato de elaboración, desde que la cláusula 20 de este mismo dispone que en este caso de guerra civil ó nacional el contrato quedará suspendido para ámbas partes por el tiempo que dure el impedimento y desde que, pendiente esa suspensión, se terminó el contrato en conformidad á la cláusula 21 por haber el Gobierno de Chile rescatado los certificados á que ella se refiere;

Que si bien es cierto que Gibbs y Cª para evitarse responsabilidades futuras ofrecieron al Gobierno chileno depositar á la orden del Fisco la cantidad en que se estimase el costo de extración del caliche que había acopiado en la oficina "San Francisco", también lo es que el Gobierno, aunque aceptó que se tasara dicho costo, no aceptó el depósito por considerar que los señores Gibbs y Cª no habían contraído tal compromiso en el contrato de compraventa de las oficinas que pertenecieron á don Evaristo Brañes, pues la venta fué *ad corpus* con todas sus existencias y útiles.

Y que, por último, tampoco aceptan Gibbs y Cª, por ser contrario á la verdad y á todas luces exagerada, la cantidad de caliche que se dice existía acopiada. Sólo aceptan, porque consta de apuntes que obran en su poder, que el costo de extracción y acarreo del caliche fué estimado en aquel tiempo por el tasador que se nombró en $ 774, según lo expresó el Inspector General de Salitreras señor Caningham.

Se recibió la causa á prueba rindiéndose la que obra en autos, se alegó por ambas partes de bien probado y se citó para sentencia, dictándose la siguiente por el Juzgado de Iquique con fecha 23 de diciembre de 1902.

Con lo relacionado y considerando:

1º Que uno de los puntos principales que hay que tomar en cuenta en la cuestión controvertida es el de determinar si la acción deducida por los demandantes es real ó personal;

2º Que esta acción se hace derivar del contrato sobre elaboración de salitre celebrado entre don Evaristo Brañes, por una parte, y el Gobierno peruano por la otra, con fecha 10 de octubre de 1878, de modo que es necesario examinar qué clase de obligaciones y derechos son los que este contrato ha podido producir;

3º Que el carácter distintivo de todo derecho real es el de crear entre la persona y la cosa una relación directa é inmediata, de tal modo que no se encuentre en ella sino dos elementos: la persona que es el sujeto activo y la cosa que es el objeto, es decir crea al propietario;

4º Que por la inversa, todo derecho personal sólo crea relación entre una persona á quien pertenece el derecho y otra persona que se obliga hacia ella por razón de una cosa ó de un hecho cualquiera;

5º Que precisados de esta manera ambos derechos, es indudable que el contrato de 10 de octubre de 1878, ha creado solamente derecho personales entre ambos contratantes;

6º Que de los derechos personales se derivan únicamente acciones personales y éstas no pueden ejercitarse sino contra lo que están personalmente obligados ó contra aquellos á quienes se trasfiera estas obligaciones;

7º Que las obligaciones contraidas por el Gobierno peruano, procedentes del referido

contrato de 10 de octubre de 1878 sobre elaboración de salitre, no han sido transferidas al Gobierno chileno con la cesión absoluta é incondicional de las provincias de Tarapacá, puesto que el Tratado de Paz celebrado entre ambas naciones no ha libertado al Perú del cumplimiento de las obligaciones personales derivadas de aquel contrato;

8º Que, por otra parte, los demandantes no han celebrado contrato algun con los demandados, ni aparecen ligados á éstos por vínculo jurídico de ninguna clase que pudiera servir de base á la presente demanda, siendo, por lo tanto, improcedente la acción que contra ellos se ha deducido en la demanda;

9º Que siendo improcedente esta acción es innecesario pronunciarse sobre las demás excepciones opuestas por el demandado relativas ó negarles derechos á los demandantes para cobrar indemnizaciones por el acopio indebido del caliche, ni sobre la prescripción.

Con arreglo á estas consideraciones y visto lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil y en la ley 1ª, título 14, Partida 3ª, se declara sin lugar la demanda, reservándosele á los demandantes su derecho para que puedan hacerlo valer contra quien corresponda en la forma que vieren convenirles.— *Fuenzalida G.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones respectiva falló:

Tacna, 28 de abril de 1904.—Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada de 3 de diciembre de 1902.

Considerando:

1º Que la acción ejercitada en la demanda es la de cobro del precio de costo de la extracción y acopio de 8,700 carretadas de caliche, avaluadas á $7 cada una, que don Evaristo Brañes, causa habiente de los demandantes, dejó en las oficinas salitreras "San Francisco", "Nueva Rosario", "Paccha" y "San Miguel" y que aprovecharon los demandados Gibbs y Cª cuando tomaron posesión de las referidas oficinas en virtud de la entrega que de ellas se les hizo por la autoridad administrativa de Tarapacá en cumplimiento del Supremo Decreto de 28 de marzo de 1882;

2º Que para analizar el fundamento jurídico ó la fuente de la obligación que se pretende hacer pesar sobre Gibbs y Cª es indispensable examinar previamente si el contrato de elaboración de salitre que Brañes celebró con la Compañía Salitrera del Perú, subrogantes de los derechos del Gobierno de este país que había adquirido la propiedad de esas oficinas, estaba vigente en la época en que Gibbs y Cª tomó posesión definitiva de ellas;

3º Que es un hecho reconocido por los demandantes que Brañes no cumplió con las obligaciones que su contrato le imponía, á pesar de que el Gobierno de Chile, sucesor del Perú en el dominio de las oficinas salitreras adquiridas por esta última reconoció, por diversos actos emanados de sus agentes y aprobados por él, los contratos de elaboración de salitre, pagando aún mayor precio que el pactado con el Gobierno del Perú, sin que se haya probado ni intentado probar que estuvo impedido por fuerza mayor;

4º Que, en consecuencia, el contrato de donde se pretende arrancar la obligación de Gibbs y Cª sucesora del Gobierno de Chile, no existía ó había dejado de cumplirse por la misma parte que hoy lo invoca como fuente de la obligación;

5º Que esto no obstante, de los antecedentes acompañados á la demanda consta que Gibbs y Cª, representado por don Enrique M Read con poder general bastante, según se comprueba con las compulsas, reconoció en la solicitud en que pedía la posesión de las oficinas ya citadas en la "San Francisco" existía una cantidad de caliche cuyo valor, previa tasación, depositaría por cuenta de quien correspondiera;

6º Que informando sobre este punto el Inspector General de Salitreras reconoce que es exacto que en las oficinas "San Francisco" y "Paccha" existe una cantidad de caliche extraído, según se le ha dicho, por don Evaristo Brañes y es de opinión que el sub-inspector, acompañado de algún vecino, tome nota de la cantidad existente y fije su costo;

7º Que en el comparendo que tuvo lugar ante el señor Jefe Político de Tarapacá el 14 de enero de 1882, con asistencia del expresado funcionario, del señor fiscal de esta Corte, del representante de don Evaristo

Brañes y del de Gibbs y Cª, se comprometió este último á tomar el caliche depositado en la oficina "San Francisco" al precio de tasación y á depositar ese valor á la orden de la jefatura en el Banco de Valparaíso para los fines á que hubiera lugar;

8º Que de los antecedentes expuestos se desprende que el vínculo jurídico ó la obligación que tiene Gibbs y Cª de pagar á don Evaristo Brañes, representado en este juicio por sus herederos, nace de un hecho voluntario de su parte ejecutado por persona que podía ligarlo, ya que estaba autorizado para representarlo;

9º Que esta declaración de voluntad debe producir todos sus efectos legales porque reúne todos los requisitos enumerados en el artículo 1445 del Código Civil, ya que la causa, que sería lo único que pudiera discutirse, está expresada en el acta de que se ha hecho referencia;

10. Que no consta de los antecedentes acompañados por una y otra parte que se haya ejecutado la tasación del caliche de la oficina "San Francisco", cuyo valor de extracción fué el único que se comprometió á pagar Gibbs y Cª, por lo cual es indispensable que, ajustándose á lo pactado, esa tasación se efectúe, debiendo tomarse en cuenta por los tasadores, el precio del costo de extracción y acopio en la época en que éste se efectuó; ó sea en el año 1879;

11. Que con la prueba rendida por los demandantes, al tenor de la pregunta 6ª del interrogatorio, se ha acreditado que habían acopiados en la oficina "San Francisco" no menos de 3,200 carretadas de caliche;

Y considerando, respecto de la prescripción alegada:

12. Que con arreglo á las legislaciones peruana y chilena el tiempo necesario para extinguir por prescripción las acciones ordinarias es de 20 años; y

13. Que este plazo no había transcurrido desde la fecha en que se extrajo y acopió el caliche por Brañes hasta la interposición de la demanda; con arreglo á estas consideraciones y disposiciones legales citadas y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1437, 1448, 1698, 2514 y 2515 del Código Civil, se revoca la referida sentencia y se declara que ha lugar á la demanda sólo en cuanto por ella se pide que Gibbs y Cª están obligados á pagar el precio de costo de extracción y acopio en esta oficina "San Francisco" de 3,200 carretadas de caliche el que será tasado por peritos nombrados por las partes y, en su desacuerdo por el juzgado, y con arreglo á lo prevenido en el considerando 10º de esta sentencia y que no ha lugar á la excepción de prescripción alegada por los demandados.

Redactada por el señor Ministro Cisternas Peña y acordada por los votos de los señores Ministros Barros, Cisternas Peña y Vega y contra el voto del señor Ministro Quirell, que opinó por la confirmatoria de la sentencia apelada por las razones que consigna en el libro respectivo.—*E. Barros.—E. Cisternas Peña.—P. R. Vega.—M. A. Quirell.*

Contra este fallo interpusieron los demandados los recursos de casación en la forma y en el fondo, el primero de los cuales, fué declarado inadmisible por el tribunal.

En la formalización del segundo los recurrentes hacen valer así las causales que alegan.

A) La casa de Gibbs y Cª no contrajo obligación alguna para con la sucesión de don Evaristo Brañes, puesto que se limitó á declarar que depositaría el valor de la extracción y acopio, tantas veces indicados, para que le fuera entregado á su legítimo dueño.

La sucesión de Brañes no puede invocar como título, para esa entrega, el contrato de elaboración de salitre, cuya caducidad reconocen los demandantes y se acepta en la sentencia. Tampoco puede invocar un reconocimiento verificado concretamente á su favor, puesto que el demandado prometió poner esos fondos á disposición del que justificara tener derecho á ellos; y la sucesión, léjos de haber probado tal cosa, ha confesado lo contrario.

En consecuencia, si la demanda no se funda en el contrato de elaboración, ni ha existido reconocimiento expreso hecho por Gibbs y Cª á don Evaristo Brañes, la sucesión de éste se halla en la misma condición jurídica que cualquiera otra persona que alegue título á

los fondos que Gibbs y Cª convino en depositar.

La misma casa, sabedora con posterioridad al acto que se califica como orígen de una obligación, que el contrato en cuya virtud don Evaristo Brañes extrajo y acopió caliche en las oficinas nombradas había caducado, sin cumplirse, por culpa exclusiva del señor Brañes, destimó que, como sucesora del fisco chileno, el cual lo había sido del Gobierno del Perú, tenía derecho á los caliches del caso, sin remuneración de servicios, por carecer de acción en contra de sus antecesores el contratista Brañes, por inejecución de lo pactado. En mérito de esta consideración, no depositó suma alguna.

De lo expuesto se deduce que la casa de Gibbs y Cª cayó en un error de hecho, por ignorar las bases del contrato de elaboración, y hasta su existencia, y la circunstancia de haber caducado, sin que el señor Brañes cumpliera por su parte con lo pactado. Este error de hecho vicia el consentimiento, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1453 del Código Civil, Gibbs y Cª creyó que estaba obligado por el simple hecho de la extracción ó á virtud del contrato que Brañes conviniera con su predecesor; y ahora se pretende que la obligación nace de un acto voluntario suyo, independiente de los derechos que pudiera tener la sucesión demandante.

B) Supóngase que Gibbs y Cª por acto voluntario se hubiera obligado expresamente á favor de Brañes; ó la obligación carecería de causa, por haberse extinguido los derechos del contrato de elaboración, ó ella tendría por única causa la liberalidad ó beneficencia.

En el primer caso, faltaría la causa, requisito indispensable según el artículo 1445, y la obligación no existiría, conforme al artículo 1467 del Código Civil.

En el segundo caso, el reconocimiento importaría una donación, y no tendría efecto mas que hasta la cantidad de $ 2.000 y sería nula en el exceso, por no haberse insinuado, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1401.

C) Probada como queda la falta de causa, debe examinarse en seguida cual es la acción ejercitada por la sucesión de Brañes.

Según el texto de la demanda, se cobra el valor del caliche que existía depositado en las oficinas rescatadas por la casa de Gibbs y Cª La acción sería, entonces, la reivindicatoria. Pero como se ha manifestado en el curso del juicio, con los documentos acompañados, Brañes nunca fué dueño de los caliches que extrajo y acopió. Estos actos los ejecutó en salitreras del Gobierno peruano y en virtud del contrato de 10 de octubre de 1878 sobre elaboración de salitres, contrato que es de arrendamiento de servicios, tanto según el artículo 1632 del Código Civil del Perú, bajo cuyo imperio se celebró, como según las disposiciones del párrafo VIII título XXVI libro IV del Código Civil de Chile.

Ahora bien, según el artículo 576, las cosas incorporales son derechos reales ó personales comprendiéndose en los primeros el dominio, la herencia, el usufructo, uso ó habitación, las servidumbres activas, la hipoteca y la prenda, de donde nacen las acciones reales (art. 577) y siendo derechos personales los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas (art. 578).

Conforme á estas disposiciones, don Evaristo Brañes ó su sucesión no tienen acción alguna que ejercitar en contra de Gibbs y Cª con quien jamás contrataron.

En resumen, la sentencia cuya casación se pide ha aceptado como obligación perfecta un acto ejecutado por error de hecho, lo que vicia el consentimiento, según el artículo 1453 del Código Civil; acto que carece de causa, pues no tuvo por tal ni siquiera la pura liberalidad, con lo cual se infringen los artículos 1467 ó 1401, según se considere; y, por último, se ha dado lugar á una demanda cuyo actor ha carecido de derecho que ejercitar con arreglo á lo dispuesto en los artículos 576, 577 y 578 del Código Civil.

Cada una de estas irregularidades importa la violación de los preceptos legales referidos.

En la fundación del recurso, la parte de Gibbs y Cª se remite á lo que alegó al formalizarlo y agregó dos nuevas consideraciones que son las siguientes:

1ª La cita del artículo 1445 del Código Civil que hace la sentencia no es pertinente al caso debatido, el cual debe decidirse por la

disposición del artículo 1437 del mismo Código que resulta infringido por su omisión.

2ª En la hipótesis acogida por la sentencia, de existir una causa de obligación por parte de Gibbs y Cª, ella sería la que nace de un contrato de trasporte celebrado entre Brañes y el Gobierno peruano; y siendo así, cabe la excepción de prescripción alegada por Gibbs i Cª, pues, según el artículo 2522 del Código Civil prescriben en dos años las acciones de los acarreadores para cobrar el precio de sus servicios; artículo que se habría infringido con no haberse aceptado dicha prescripción.

En su respuesta, la parte recurrida comienza por advertir que deben eliminarse las causales de casación agregadas en el escrito de fundación, pues el artículo 948 del Código de Procedimiento Civil previene que interpuesto el recurso, no puede ser variado en manera alguna.

Entra, en seguida, á sostener la validez de la sentencia, alegando que los demandantes reconocieron su obligación de pagar á quien correspondiese el valor del caliche de que se trata en esta causa, en la cual la controversia ha versado sobre el derecho de Brañes al valor de extracción y acopio de esa substancia; sobre si existe causa legal en la obligación que Brañes atribuye á Gibbs y Cª; sobre si hay vínculo jurídico entre estas personas; y por fin, sobre la cantidad que debe pagarse por Gibbs y Cª á la sucesión de don Evaristo Brañes; puntos que el Tribunal sentenciador ha tenido por comprobados, apreciando con facultades privativas los antecedentes y hechos reunidos en los autos.

Observa, despues, que en el escrito de formalización del recurso se introduce por Gibbs y Cª un factor nuevo, como es el error de hecho que los demandados achacan á la obligación que se impusieron de pagar á quién correspondiese el valor de la extracción y acopio del caliche; error que, por no haber sido materia propuesta y discutida en el juicio, no puede ser tomado ahora en cuenta, cuando se trata sólo de la casación de la sentencia. Por lo mismo, debe descartarse del examen de motivos la violación del artículo 1453 del Código Civil.

En cuanto á no haber existido causa de obligación en Gibbs y Cª ó haber sido su compromiso una donación no insinuada, objeta el recurrido que de esto último, esto es de la donación no se ha pensado en tratar en este juicio; por lo que no ha podido quebrantarse el artículo 1401 del Código Civil. Y por lo que toca á la causa de la obligación, es éste un punto de hecho que el Tribunal sentenciador ha podido apreciar á su arbitrio y, en efecto, lo apreció en el considerando 9º estableciendo que dicha causa se halla expresada en el acta suscrita por Gibbs y Cª, con el representante de Brañes, ante la autoridad política de Tarapacá.

Prosiguiendo en el examen de los motivos de casación invocados por el recurrente, la parte recurrida no admite que pueda buscarse la infracción de ley en los artículos 576 á 578 del Código Civil, que se refieren á las cosas incorporales, sino que el defecto debería referirse al artículo 1437 y al 1445 del Código Civil, ya que las obligaciones no sólo nacen de los contratos nominados y directos de persona á persona, sino que también constituyen fuentes de obligaciones todas las convenciones, los hechos y los actos. Suscribiendo Gibbs y Cª el compromiso y habiéndose apropiado del salitre extraído y elaborado por Brañes, reconocieron expresa y solemnemente su obligación de pagar á quien correspondiese; y la sucesión de Brañes ha probado en este juicio que es á ella á quien corresponde la extracción y acopio del caliche.

Termina alegando que, al comprar Gibbs y Cª las oficinas "San Francisco", "Nueva Rosario" y "Paccha" al Gobierno de Chile, tomaron sobre sí la responsabilidad de los reclamos de terceros; por todo lo cual el Tribunal sentenciador ha declarado que la sucesión de Brañes es legítimo contradictor de Gibbs y Cª en este juicio.

Oído el dictamen de uno de sus Ministros,

La Corte:

Considerando:

1º Que los motivos de casación contra la sentencia, según los resume el recurrente en el escrito de formalización, se limitan á las in-

fracciones de los artículos 1453, 1467 ó 1401 y 576 á 578 del Código Civil, el primero por haberse aceptado una obligación que fué originada por un error de hecho; el segundo y el tercero por haberse dado mérito á esa obligación á pesar de carecer de causa y de constituir, de otro modo, una donación gratuita no insinuada; y los últimos por haberse dado lugar á una demanda cuyo acto carecía de derecho que ejercitar, ya que no poseyendo acciones reales, tampoco gozaban de personales por no haber contratado con Gibbs y Cª;

2º Que el error de hecho invocado en la primera causal no fué una excepción opuesta á la demanda y ni siquiera se insinuó en el curso de la causa para que fuera tomada en consideración en la sentencia, por lo cual ésta, que no se pronuncia sobre tal punto, no ha podido, por lo mismo, quebrantar el artículo 1453 del Código Civil, que establece que el error de hecho vicia el consentimiento si recae sobre la naturaleza del acto ó contrato ó sobre la identidad de la cosa específica de que se trata;

3º Que la sentencia recurrida no ha infringido, tampoco, el artículo 1467 del Código Civil acogiendo una obligación sin causa, pues ese fallo, en su considerando 9º, declara que la causa del convenio testimoniado se expresa en el acta respectiva, y de este documento aparece que el representante de Gibbs y Cª se obligó á depositar por cuenta de quien correspondiese el valor de tasación del caliche extraído y acopiado en la oficina "San Francisco" á fin de adquirirlo para su representado que no se consideraba dueño de él, al tomar posesión de dicha salitrera;

4º Que lo expuesto en el considerando que precede basta para evidenciar que la sentencia recurrida no ha podido quebrantar tampoco el artículo 1401 del Código Civil, pues no ha dado valor á donación alguna, sino á lo que ha declarado ser una convención pactada con todos los requisitos señalados en el artículo 1445 del Código Civil y con la causa ya indicada de la adquisición del caliche extraído;

Que los artículos 576, 577 y 578 del Código Civil sólo contienen las disposiciones de lo que se entiende por cosas incorporales, ó sean los derechos reales y personales; y en la sentencia recurrida no se encuentra declaración alguna en contrario; y

6º Que en cuanto á las causales indicadas en la fundación del recurso pudieran ser diversas de las alegadas en la formalización, no serían procedentes en manera alguna pues el artículo 948 del Código de Procedimiento Civil prohibe alterar las que se hubieren alegado al interponer el recurso.

Visto también lo prevenido en los artículos 960 y 979 de dicho Código, se declara sin lugar, con costas, el presente recurso de casación en el fondo, y se aplica al Fisco la cantidad consignada.

Redactada por el Ministro señor Aguirre Vargas —*J. Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo.—Gabriel Gaete.—V. Aguirre V.—E. Fóster Recabarren.—J. Bernales.*

Cas. en la forma.—13 de agosto de 1907

Rosselot con Fisco

Cosa juzgada.—Reclamación oportuna - Perjuicios

DOCTRINA:—*No incurre en el vicio de haber sido dada contra otras pasadas en autoridad de cosa juzgada la sentencia que, lejos de ser contraria á ellas, se conforma á lo resuelto en esos fallos.*

No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia por vicios de que puede adolecer el fallo de primera instancia no reclamado oportunamente.

Resuelto el contrato celebrado entre don Pedro Rosselot y el Fisco para la construcción del ferrocarril de Talca á Constitución,

se presentó el primero formulando contra el Fisco diversos cargos que fueron objeto de una demanda y materia del juicio á que puso término la sentencia de fecha 26 de noviembre de 1904.

La sentencia de que se trata aceptó algunos cargos formulados por don Pedro Rosselot y desechó otros, y dispuso que el valor de los primeros debía estimarse por el juzgado previo informe de un perito nombrado en la forma ordinaria. Esa sentencia fué confirmada por la que pronunció una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago en 12 de enero de 1906, con la modificación que en lo relativo á intereses y lucro cesante contiene su parte resolutiva.

Nombrado los peritos para la valoración de los cargos aceptados y presentada por éstos la liquidación correspondiente, se ordenó agregarla á los autos con conocimiento de las partes y se pronunció sobre ella por uno de los juzgados de letras de Santiago con fecha 5 de septiembre de 1906, la resolución siguiente;

Vistos: Teniendo presente lo resuelto por las sentencias de 26 de noviembre de 1904 y 12 de enero del corriente año, el mérito del informe de los peritos nombrados en el acta de que da cuenta la diligencia en virtud de lo ordenado en dicha sentencia y el mérito general de autos, se declara: que se fija en la suma de $ 1,604.32 el monto de la cantidad que el Fisco debe pagar al demandante con motivo de la reclamación ó petición contenida en el número 2º de los fundamentos de la aludida sentencia de 26 de noviembre de 1904; en la suma de $ 3,951.25 el correspondiente al número 3º de dichos fundamentos; en la suma de $ 2,955.62 el correspondiente al número 4º de los mismos fundamentos; en la suma de $ 526,330 24 el correspondiente al número 5º de dichos fundamentos; y en la suma de $ 2,840.62 el correspondiente al número 8º de los mismos fundamentos.

Y conforme con lo expuesto por las partes en el comparendo de 4 de junio último y de que da cuenta el acta, póngase en conocimiento de las partes la liquidación de intereses practicada por los peritos y á que se hace referencia en el informe, y téngase por aprobada si no fuere objetada dentro de quinto día.

Si no se apelare consúltese.—*Gabriel Rencoret.*

Apelada esta resolución, la Corte de Apelaciones resolvió.

Santiago, diciembre 21 de 1906.—Vistos: Teniendo presente: 1º Que si bien don Pedro A. Rosselot pidió en su demanda que le abonaran los perjuicios que estima en 6 y 24% anual sobre la suma que en definitiva resultara adeudándole el Fisco por cortes y terraplenes, no se le mandó pagar cantidad alguna por este cargo en las sentencias de primera y segunda instancia;

2º Que habiéndose solicitado en la referida demanda el pago de $ 526,330.24 por movimiento de tierras en cortes y terraplenes, no es procedente la petición hecha por el demandante en su escrito, para que esa suma se eleve á la cantidad que arroja la liquidación hecha por los peritos.

Se confirma la resolución apelada de 5 de septiembre del presente año, con declaración de que no ha lugar al pago de intereses del 6% sobre la suma adeudada por movimientos de tierras tomados en cuenta por los peritos en su informe y á las demás peticiones formuladas por las partes en sus escritos.—*Darío Benavente.—José T. Marín.—Felipe Herrera.*

Contra esta resolución dedujo don Pedro Rosselot recurso de casación en la forma, y lo formaliza así:

La sentencia del tribunal de alzada al declarar que "no ha lugar al pago de intereses del seis por ciento sobre la suma adeudada por movimientos de tierras tomados en cuenta por los peritos en su informe", ha fallado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, oportunamente alegada en el juicio, causal de casación en la forma prevista en el número 6º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

En el considerando primero de la sentencia reclamada se dice, "que si bien don Pedro A. Rosselot pidió en su demanda que se le abonaran los perjuicios que estima en seis y veinticuatro por ciento anual sobre las sumas que en definitiva resultara adeudándole el Fisco por cortes y terraplenes, no se le mandó

pagar cantidad alguna por este cargo en la sentencia de 1ª y de 2ª instancia".

Esta apreciación que hace el tribunal de las sentencias de 1ª y de 2ª instancia y el fallo que ha dictado contrarían abiertamente aquellas sentencias y prescinden de la autoridad que tienen de cosa juzgada.

Se trataba precisamente de dar cumplimiento á esas sentencias que habían aceptado la demanda deducida por el recurrente, sin más modificación que la de fijar en seis por ciento los intereses pedidos en aquella.

En la petición sexta, agrega el recurrente, demandaba $ 123,676,25, valor de los perjuicios por no haberse excluído en las situaciones respectivas el importe de los reclamos aceptados administrativamente por el decreto de 22 de julio, y, además, los perjuicios, ó sean el seis y el veinticuatro por ciento anual sobre la suma que en definitiva resultara adeudándole el Fisco por cortes y terraplenes desde la fecha del decreto en que se dispuso la liquidación del contrato hasta el pago efectivo.

La cantidad indicada en la primera parte de esta petición es lo que resulta de la cuenta número 3 agregada á la demanda, cuenta formada con arreglo al artículo 50 de las condiciones generales, es decir, calculando los intereses del seis y del veinticuatro por ciento, de modo que la petición en el fondo y tal como se desarrolla en la parte expositiva de la demanda importaba únicamente el cobro de perjuicios estimados en los intereses del seis y del veinticuatro por ciento de las sumas adeudadas y no pagadas oportunamente.

La sentencia de 1ª instancia del 26 de noviembre de 1904, en su parte expositiva, reproduce lo expresado en la petición 6ª de la demanda, y en el número 7 de los fundamentos consignó las consideraciones legales que creyó del caso y dijo en la resolución 3ª: "que ha lugar á las peticiones de los números 6 y 7 en cuanto el Fisco debe abonar intereses legales del seis por ciento anual".

Aceptó, pues, la demanda de perjuicios formulada por el recurrente con la sola limitación de reducir los intereses demandados á los legales del seis por ciento, ya que aceptaba también el pago del lucro cesante.

En la apelación el debate versó sobre estos intereses legales del seis por ciento y los intereses corrientes pedidos por el recurrente.

La sentencia de segunda instancia de 12 de enero de 1906, no contiene consideración alguna sobre este punto. Dice así:

"Se confirma la referida sentencia de 26 de noviembre de 1904 con las declaraciones siguientes:

"1º Que los intereses que se mandan abonar al contratista por no haberse incluído en las situaciones respectivas el importe de los reclamos aceptados por el Fisco, deberán pagarse desde las fechas indicadas en el considerando 2º; y

"2º Que no ha lugar al lucro cesante cobrado en la demanda".

Ni una palabra se dice en este fallo con relación á los intereses del 6% que el Fisco debía pagar al recurrente según la sentencia de primera instancia sobre el valor que le adeudaba por cortes y terraplenes no pagados en las respectivas situaciones mensuales; es decir, quedó confirmada en esta parte la sentencia de primera instancia, y por eso de común acuerdo con el Fisco, se pidió á los peritos que liquidaran estos intereses, y el Fisco no reclamó de la resolución de 5 de septiembre que los mandó pagar, dando por aceptada la liquidación ya que no se objetó antes de quinto día.

Como esos intereses están claramente mandados pagar, el Tribunal de Alzada al negar lugar á su pago, no sólo no da cumplimiento á la resolución recaída en la causa, sino que falla contra la autoridad de la cosa juzgada é incurre así en nulidad.

La sentencia recurrida ha negado lugar asimismo á la petición que formuló el recurrente para que lo sintereses que se mandan pagar sobre los $ 29.470,48 á que se refiere la declaración primera en el considerando 2º del fallo de segunda instancia de 12 de enero de 1906, le sean pagados liquidándose desde el 26 de noviembre de 1898.

Esta resolución del Tribunal de Alzada desconoce también los efectos de la cosa juzgada, puesto que las sentencias de primera y de segunda instancia le han mandado pagar esos intereses desde la fecha en que el Gobierno se

onstituyó en mora, es decir, á lo menos desde un mes después del día en que recibió el nforme de la Dirección de Obras Públicas que o habilitó para pronunciarse sobre todos los eclamos, tal como el recurrente lo pidió en la demanda.

Adolece también el fallo del defecto de no contener la enunciación de las consideraciones de hecho ó de derecho que hayan servido al Tribunal de fundamentos para no dar lugar á esta petición del recurrente, causal de casación prevista en el número 5º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la sentencia de fecha 26 de noviembre de 1904, que resolvió los cargos formulados por don Pedro A. Rosselot contra el Fisco con motivo de la construcción del ferrocarril de Talca á Constitución, después de enunciar en su parte expositiva las diversas peticiones y excepciones de los interesados en el juicio, consideró separadamente cada uno de esos cargos, ocupándose en el punto 5º de su parte fundamental del que se refiere á los movimientos de tierras en cortes y terraplenes; en el punto 6º, del cargo relativo á los intereses cobrados por Rosselot por atraso en el pago de algunas situaciones mensuales; y, por fin, en el punto 7º, del cargo que se contrae al abono de perjuicios por no haberse incluído en las situaciones mensuales el importe de los reclamos aceptados por el Gobierno;

2º Que la declaración 2ª de la parte resolutiva de la sentencia dió lugar á la petición á que se refiere el número ó punto 5º de sus fundamentos, petición que es la que se establece en los siguientes término en la demanda de don Pedro A. Rosselot:

"Demando, en consecuencia, al Fisco y pido que US. se sirva declarar que está obligado á pagarme..... $ 526.330,24, importe de los trabajos de cortes y terraplenes no pagados, según el detalle á que me refiero en el cuerpo de esta demanda";

3º Que, como se ve, en la petición que acaba de trascribirse y que fué aceptada por la declaración 2ª del fallo de primera instancia, no se solicitaba abono alguno de perjuicios, correspondiente á la cantidad de $ 526.330,24 que acaba de indicarse, ni tampoco el punto 5º de los fundamentos de dicha sentencia contiene consideración de ningún género concerniente á tales perjuicios, limitándose simplemente á establecer las razones en virtud de las cuales debía abonarse al contratista el importe de los movimientos de tierra en cortes y terraplenes, valor que según la declaración 2ª de la parte resolutiva se estimaría por el juzgado, previo informe de un perito nombrado en la forma ordinaria;

4º Que el abono de perjuicios correspondiente á la partida de cortes y terraplenes fué objeto en la demanda del contratista Rosselot de una petición diversa de la anterior, que formuló en ella de esta manera: "..... que el Fisco está obligado á pagarme: $ 123.676,25 valor de los perjuicios por no haberse incluído en las situaciones respectivas el importe de los reclamos aceptados ya administrativamente por el decreto de 22 de julio; y además, los perjuicios ó sean el 6% y 24% anual sobre la suma que en definitiva resulte el Fisco adeudándome por cortes y terraplenes desde la fecha del decreto en que se dispuso la liquidación del contrato, hasta el efectivo pago de aquella suma;"

5º Que aun cuando la declaración tercera de la sentencia de primera instancia expresó, "que ha lugar á las peticiones de los números 6º y 7º, en cuanto el Fisco debe abonar intereses legales del 6% anual", el primero de esos números no se refiere á la petición de abonos de perjuicios por cortes y terraplenes, sino á intereses adeudados por atraso en el pago de algunas situaciones mensuales que en dicho número se especifican determinadamente; y en lo concerniente al número séptimo, en él se trató únicamente de la primera parte de la petición transcrita en el considerando que precede, ó sea la relativa á la cantidad de $ 123.633,25 "por no haberse incluído en las situaciones respectivas el importe de los reclamos aceptados por el Gobierno"; pero en ese punto no se tomó absolutamente en cuenta la segunda parte de esa petición sobre abonos de perjuicios por cortes y terra-

plenes, ni se estableció tampoco ninguna consideración fundamental á ese respecto, como es natural y de ello se hubiera tratado, dada la importancia y gravedad de este cargo, que el recurrente hace elevar á la cuantiosa cifra de $ 218.864,84, como indemnización de perjuicios por cortes y terraplenes;

6º Que en consecuencia, la declaración tercera de la sentencia solo pudo referirse á las peticiones que fueron materia de los puntos sexto y séptimo de su fundamento, y no habiéndose considerado en dichos puntos la relativa al abono de perjuicios, ó sea, á intereses del 6% y 24% anual, correspondiente á cortes y terraplenes, esa petición fué desechada en virtud de la declaración 4ª del indicado fallo que establece: "Que no ha lugar á las demás peticiones;"

7º Que la sentencia de segunda instancia de fecha 12 de enero de 1906, confirmó la de primera sin otras modificaciones en su parte resolutiva que las que se refieren á la fecha en que debían comenzar á contarse los intereses por no haberse incluído en las situaciones respectivas el importe de los reclamos aceptados por el Fisco, y al lucro cesante, el cual se declaró sin lugar;

8º Que al declarar, por consiguiente, la resolución de que se recurre sin lugar el pago de intereses del 6% sobre la suma adeudada por movimientos de tierra tomados en cuenta por los peritos en el informe, no ha incurrido en el vicio de casación previsto en el número 6º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, puesto que se ha conformado á lo resuelto sobre este punto en las sentencias de fechas 26 de noviembre de 1904 y 12 de enero de 1906;

9º Que según lo manifestado por los peritos en su informe, "la sentencia no fijó expresamente la fecha inicial para el pago de los intereses del sexto de las sumas de la liquidación que no estaban reclamadas y que sin embargo dejaron de pagarse oportunamente y que ascienden á la suma de $ 29.470,48..... Esa fecha, agregan los peritos, no puede ser otra que la de la liquidación misma, es decir, el 21 de junio de 1902."

10. Que si la sentencia de 2ª instancia de 12 de enero de 1906, fijó como fecha inicial desde la cual debían contarse los intereses por el importe de los reclamos aceptados por el Fisco la de 23 de octubre de 1901, no puede suponerse que haya podido aceptar una fecha anterior como sería la indicada por el recurrente, ó sea la de 26 de noviembre de 1895, para las cantidades que no fueron objeto de reclamo y respecto de las cuales no ha existido, por consiguiente, la mora del deudor;

11. Que estando aprobada sin contradicción del actual recurrente la liquidación practicada por los peritos, en la cual aparece fijada en 21 de junio de 1902 la fecha inicial para el cómputo de los intereses correspondientes á la cantidad de $ 29.470,48 por la resolución de 1ª instancia de 2 de septiembre de 1906, la causal de casación que se hace consistir en haberse incurrido en el vicio previsto en el número 6º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, también por este motivo, sería improcedente por no ser parte agraviada con la expresada resolución don Pedro A. Rosselot quien no se alzó de ella; y, en todo caso, el vicio habría afectado al fallo de 1ª instancia del cual no se reclamó como lo previene el artículo 946 del citado Código, no siendo por lo tanto oportuna la reclamación respecto de la resolución del Tribunal de Alzada que se limitó á confirmar en esa parte la resolución apelada; y

12. Que la misma observación anterior es aplicable en cuanto á falta de oportunidad de la reclamación, á la causal de casación que se funda en el número 5º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil.

Visto, además, lo dispuesto en los artículos 960 y 979 del mencionado Código, se declara sin lugar, el recurso de casación en la forma deducido por don Pedro A. Rosselot en este juicio. Aplícase al Fisco la cantidad de $ 200 consignada.

Redactada por el Ministro señor Bernales.

Carlos Varas.—J. Gabriel Palma Guzmán.—V. Aguirre V.—J. Bernales.

———

Cas. en el fondo.—20 de septiembre de 1907

Montt de Rodríguez María M.
con Montt Jorge

Alimentos. — Hermano legítimo. — Mujer casada.— Marido

DOCTRINA:—*El hermano legítimo debe alimentos á su hermana, aunque ésta tenga marido vivo, si la ocupación del marido no le proporciona lo necesario para sustentar la vida y si ambos cónyuges son enfermos y están imposibilitados para ganar más y no existe otra persona obligada de preferencia que se encuentre en aptitud de completar los alimentos necesarios.*

La ley no exige que el que reúna varios títulos para pedir alimentos deba deducir especialmente acción judicial en contra de quien tenga título preferente, para alegar ó establecer la insuficiencia de ese título, bastando por consiguiente al respecto que esta insuficiencia se acredite en el juicio contradictorio que se inicie contra el subsidiariamente obligado,

Al decir el artículo 326 del Código Civil, que fija el orden en que deben hacerse valer los diferentes títulos alimenticios por el que reúne varios de ellos, que el de los hermanos legítimos" no tendrá lugar sino á falta de todos los otros", debe entenderse en el sentido de que un título falta jurídicamente cuando él es insuficiente ó ineficaz, sin que sea necesario que falte real ó materialmente la persona.

La regla del inciso último del artículo 326 que establece que sólo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse á otro, se refiere á todos los incisos de ese mismo artículo.

— —

Doña María Mercedes Montt de Rodríguez, procediendo con autorizacion marital, demandó a su hermano legítimo don Jorge Montt, ante uno de los juzgados de Valparaíso, para que se declare debía asistirla con una pensión alimenticia á lo menos de $ 150 mensuales.

Fúndase en la escasez de sus recursos reducidos á lo que puede ganar su marido en la ocupación diaria eventual de anotador de carga marítima en la casa de González Soffia y Cª, dueña de un solo vapor, á lo cual se agrega que su marido es enfermo y tiene la amenaza de pronósticos médicos bien desfavorables, sobre todo si se encarga de trabajos violentos.

En cambio, su hermano no paga arriendo de casa porque la que habita es propia, y percibe alquileres por más de $ 500 mensuales; el sueldo de su empleo sube de $ 1.000 al mes; debe poseer economías capitalizadas; su familia es formada únicamente por su esposa y tres hijos; y fuera de la demandante sólo tiene otra hermana soltera que reside en Casablanca al lado de tías acomodadas á quienes el demandado ayuda con $ 50 al mes.

Don Jorge Montt, contestando pide se deseche la demanda, por cuanto doña María Mercedes es joven, puede trabajar, tiene marido á quien incumbe mantenerla, y no debe estrañar la situación de pobreza, que siempre ha sido la de la familia. Cuando la demandante vivía en Casablanca, participaba de los auxilios que él suministra á sus parientes de ahí; pero prefirió salir para casarse, y desde entonces debe subsistir á costa del marido.

Niega en absoluto el pretendido derecho de la demandante y la obligación de darle pensión alguna de alimentos. Vive de su sueldo, tiene casa propia, gracias á la liberalidad de sus amigos, familia que atender, deudas que satisfacer, exigencias gravosas de que no le es dado prescindir y tías paternas que socorre en Casablanca, pobres, enfermas y de edad avanzada.

En la réplica la señora demandante sostiene ser ella también enferma y no poder trabajar.

Se dió por evacuada la dúplica en rebeldía,

y el juzgado, con fecha 10 de diciembre de 1905, resolvió:

Considerando:

1º Que del mérito de autos se desprende que la ocupación del marido de la demamdante sólo les da para costear la comida, pero no la habitación y vestidos de la señora, que son también indispensables para subsistir y que naturalmente se comprenden en los alimentos ó medios de mantener la vida;

2º Que igualmente aparece que ambos cónyuges son enfermos y están imposibilitados para ganar más;

3º Que en tal situación la demandante tiene derecho para exigir le proporcionen lo que le falta, en defecto del marido, la persona ó personas á quienes la ley impone esta obligación consideradas las facultades y circunstancias domésticas de estas personas;

4º Que no existiendo otros obligados de preferencia, la señora ha podido ejercitar su derecho respecto de su hermano legítimo don Jorge Montt, quien según se ha establecido por sus propias declaraciones, se encuentra en aptitud de completar los alimentos necesarios de aquella;

Vistos los artículos 321, 323, 326, 329, 330 y 1713 del Código Civil y 151 y 374 del de Procedimiento del ramo, se declara: que ha lugar á la demanda, pero sin costas y reduciéndose á $ 40 mensuales la pensión alimenticia que debe suministrar el demandado á la demandante.—*José R. Guzmán.*

Apelada esta sentencia, la Corte de Apelaciones resolvió:

Valparaíso, 9 de mayo de 1906.— Vistos: Se confirma la sentencia apelada de 18 de diciembre de 1905.

Acordada contra el voto de los señores Ministros Moreno y Pineda, quienes, estimando que la demandante no ha justificado suficientemente que ella y su marido se encuentren absolutamente imposibilitados para el trabajo, siendo que además, este último, absolviendo posiciones, reconoce ganar mensualmente cerca de $ 40, estuvieron con arreglo á lo dispuesto en los artículos 326, inciso 5º, y 1713 del Código Civil, por revocar la referida sentencia y porque se declarara sin lugar la demanda.—*Luis Ignacio Silva.—Braulio Moreno.—Pedro N. Pineda.— B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.*

El demandado anunció en tiempo recurso de casación en el fondo en contra de esta sentencia y expuso al formalizarlo:

La sentencia del Iltmo. Tribunal que, por sus propios fundamentos, confirma la de primera instancia es contraria á la ley:

1º Porque infringe el artículo 326 del Código Civil que establece que á los hermanos sólo puede pedirse alimentos en último lugar ó á falta de todos los otros obligados, y la demandante es mujer casada, con marido vivo, á quien incumbe la obligación de alimentarla, y no se ha hecho valer la acción judicial contra su marido; y

2º Porque viola el artículo 330 del mismo Código que limitó los alimentos necesarios á lo que baste para sustentar la vida, que está de sobra sustentada, dentro de la posición social del marido de la señora Montt, que es la que á ella corresponde, con lo que él gana, según su propia confesión.

Se esplaya y refuerza lo relativo á la primera causal en el escrito de fundación del recurso, manifestándose que, respecto de la segunda, no se ocupa de ella porque basta una sola, y refiriéndose al escrito en que se formalizó en cuanto fuera necesario.

En rebeldía de la parte demandante, se expidió el dictamen del Ministro á quien correspondió informar, y

Teniendo presente:

La Corte:

1º Que según lo dispuesto en el artículo 321 del Código Civil, entre las personas á quienes se deben alimentos se hallan los hermanos legítimos, y si bien en conformidad á lo prescripto en el artículo 326, el que para pedir alimentos reúna varios títulos, debe hacerlos valer en el orden que allí se indica, figurando el marido antes que el hermano, la sentencia recurrida establece que la ocupación del marido de la demandante sólo le proporciona los medios de "costear la comida pero no la habitación y vestido de ella misma, que son

también indispensables para subsistir y que naturalmente se comprenden en los alimentos ó medios de mantener la vida";

2º Que esa sentencia deja asimismo establecido que ambos cónyuges son enfermos y están imposibilitados para ganar más, y que no existe otra persona obligada de preferencia al propio demandado, que se encuentre en aptitud de completar los alimentos necesarios de la demandante;

3º Que ni los artículos del citado Código Civil que se dicen infringidos, ni ningún otro de ese mismo Código, ni disposición legal alguna, prescriben la necesidad de deducir especialmente acción judicial en contra de quien se tiene título preferente para llegar á establecer la insuficiencia de ese título, bastando, por consiguiente, al respecto que esto se acredite en el juicio contradictorio que se inicie en contra del demandado mismo;

4º Que fijándose en el aludido artículo 326 el orden en que deben hacerse valer los diferentes títulos alimenticios por el que reúne varios de ellos, coloca en último lugar el relativo á los hermanos legítimos, y expresa que el del número 8, que á ellos se refiere, "no tendrá lugar sino á falta de todos los otros" lo que debe entenderse en el sentido de que un título falta jurídicamente cuando él es insuficiente é ineficaz;

5º Que la interpretación que se da á la disposición legal mencionada, emana lógicamente no sólo de la naturaleza é índole peculiar del título alimenticio, sino aún de la letra y espíritu de ella misma, pues el último inciso de ese artículo, que sin duda se refiere á todos los demás sin excepción alguna, consigna que en el caso de insuficiencia del título preferente, podrá recurrirse á otro;

6º Que lo expuesto en los dos considerandos anteriores, toma todavía mayor fuerza si se atiende á que esa misma expresión *á falta de*, empleada en diversos artículos del Código Civil, como en los que llevan los números 995 y 1147, tratando el primero de los herederos abintestato, y del derecho de acrecer el otro, está evidentemente empleada en el sentido de que esa *falta* no se refiere á la real ó material, sino á la legal ó jurídica, como lo manifiesta el contexto de ellos mismos, sus relaciones con otros artículos, y, todavía la historia fidedigna de su establecimiento;

7º Que la diferencia de redacción que se nota entre los diversos incisos del artículo 326, refiriéndose á los títulos que llevan los números 1 á 7 inclusive, y al que se designa con el número 8, no importa el establecimiento, para los que en éste se indican, de una regla especial distinta de aquella á que están sometidos todos los demás obligados á suministrar alimentos, pues esa diferencia se explica, por ser el número 8 el último de los que se mencionan en la escala gradual á que en dicho artículo se alude, y se corrobora con la prescripción de su último inciso;

8º Que, por otra parte, la disposición del inciso 1º del artículo 326 al establecer que: "El que para pedir alimentos reúna varios títulos de los enumerados en el artículo 321, *sólo* podrá hacer uso de uno ellos"... habría impedido en absoluto la concurrencia de varios de esos títulos, cualesquiera que ellos fuesen, si la prescripción del último inciso de ese mismo artículo no hubiera llegado á indicar que "en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse á otro"; y si el primero de esos incisos se refiere, indudablemente, á la totalidad de los títulos enumerados en el artículo 321, entre los cuales se encuentra el de los hermanos legítimos, pues el sentido de la ley es claro y su tenor literal así lo expresa, es de rigor y de lógica ineludible aceptar que el último inciso de ese mismo artículo, fijando la manera de aplicar el primero, comprende también á todos ellos;

9º Que de lo expuesto resulta que lejos de haberse violado en la sentencia recurrida la disposición consignada en el ya mencionado artículo 326 de Código Civil, se ha hecho de ella correcta aplicación;

10. Que en cuanto á la infracción del artículo 330, apreciando el Tribunal sentenciador los diversos antecedentes del proceso y las circunstancias que en su criterio pudieran influir en la tasación de los alimentos, aunque éstos sean sólo necesarios, no ha infringido tal disposición, ni podría dar ello mérito para la aceptación del recurso de casación de que se trata.

Visto además lo dispuesto en los artículos

960 y 979 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso, con costas.

Queda aplicada á favor del Fisco la cantidad de $ 150 consignada.

Redactada por el señor Ministro Gaete.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Palma Guzmán y Rodríguez quienes ueron de opinión que se diera lu gar al recurso y pronunciada nueva sentencia se revocara la de primera instancia y se declarara sin lugar la demanda por las consideraciones que consignan en el libro de acuerdos.—*Leopoldo Urrutia.—José Gabriel Palma Guzmán.—Galvarino Gallardo. — Gabriel Gaete.—Leoncio Rodríguez.—José Bernales.—Eduardo Castillo.*

JURISPRUDENCIA

SECCIÓN SEGUNDA

CORTES DE APELACIONES

Corte de Concepción.—7 de diciembre de 1903

Vásquez con Momberg

Nombramiento de árbitros; oposición.

DOCTRINA:—*Es materia de un juicio de lato conocimiento la oposición al nombramiento de árbitros que dividan una comunidad, fundada en el derecho exclusivo que se alega sobre el bien que es materia de ella.*

Habiéndose solicitado por don José del Tránsito Vásquez ante el Juzgado de Osorno la citación á comparendo con el objeto de nombrar un árbitro que divida unos terrenos ubicados en Pilmaiquién, se opusieron al comparendo los señores Bornschener y Cª, y el juzgado falló:

Osorno, 7 de octubre de 1903.—Vistos: teniendo presente las copias agregadas en el cuaderno principal, se declara que no ha lugar, con costas, á la oposición deducida por los señores Bornschener i Cª, por cuanto de ella aparece que son comuneros en el fundo que trata de partirse.—*Aníbal Claro Lastarria.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Teniendo en consideración que Bornschener y Cª, con las escrituras que presentan se han opuesto al comparendo para nombrar compromisario que divida un retazo de terreno ubicado en Pilmaiquién, alegando derecho exclusivo á dicho terreno, lo que es materia de un juicio de lato conocimiento; y de conformidad con lo prescrito en el artículo 1331 del Código Civil, se revoca la resolución apelada de 7 de octubre de 1903, y se declara que ha lugar á la oposición deducida por los expresados Bornschener y Cª sin perjuicio de

otros derechos que pueda hacer valer el recurrente don José del Tránsito Vásquez Solís.

Acordada la revocatoria por unanimidad, después de desechada la indicación previa del señor Ministro Rodríguez para invalidar la resolución apelada y ordenar se recibiera la causa á prueba, por haber hechos que esclarecer; y en vista de las probanzas producidas se pronunciará el juez *a quo* en estos mismos antecedentes y como fuere de derecho, respecto de la petición formulada.

Redactada por el señor Ministro Cruz.—*Manuel Rodríguez C.—E. Fuentes R.—Luis David Cruz.*

Corte de Concepción.—25 de noviembre de 1905

Crockett con Bannen

Arenas auríferas.—Sustancias de libre adquisición. — Constitución de propiedad minera.

DOCTRINA:—*Las arenas auríferas y demás sustancias minerales de los ríos y placeres son denunciables y de libre adquisición, aunque el terreno en que se encuentren no sea erial, debiendo en este caso formarse las pertenencias mineras con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal.*

Don Juan Crockett, por sí y á nombre de sus consocios, se presentó pidiendo la demarcación ó mensura de quince de sus pertenencias de cinco hectáreas cada una, teniendo presente las consideraciones siguientes:

1ª Que debe tener preferencia la mensura del mineral "Esmeralda" de don Constantino Bannen porque fué registrada con anterioridad á las de él;

2ª Que incurrió en un error al señalar el deslinde Oriente de sus pertenencias diciendo que estaba 50 metros al Este del estero Colico, siendo que el punto de partida es el deslinde Occidental del mineral "Esmeralda" del señor Bannen, y pide se inscriba con arreglo al artículo 42 del Código de Minería;

3ª Designa para la mensura al ingeniero don Teodoro Schmidt;

4ª Que se lleve á cabo la mensura de las pertenencias del señor Bannen con la salvedad expresada en el número 2° y no en la forma indicada en la ratificación de sus pedimentos, ó sea, un rectángulo de 500 metros de largo por 100 de ancho, siguiendo la dirección que expresó en la ratificación y no la del curso del estero Colico; y

5ª Que el señor Bannen designe ingeniero por su parte.

Con el mérito de los documentos acompañados, se dió lugar á esta petición con citación del minero colindante señor Bannen, el cual se opuso, y hace presente que además del mineral "Esmeralda" manifestó el 15 de febrero de 1901 el mineral "Ercilla" con tres pertenencias de cinco hectáreas cada una; y el mineral La Imperial de la misma extensión del anterior, como lo acredita con los documentos que acompaña.

No acepta la forma en que el señor Crockett pide se mensuren las pertenencias del mineral "Esmeralda" y en el acto de la demarcación indicará cómo debe procederse á esta operación y también de las otras pertenencias La "Imperial" y "Ercilla" haciendo uso del derecho que le acuerda el artículo 52 del Código de Minería y dando á cada pertenencia 50 000 metros cuadrados y según conviene las medidas de longitud y latitud, y pide que se declare que don Juan Crockett no puede mensurar las minas á que se refiere su presentación, sino después de mensurarse el mineral Ercilla, Esmeralda y La Imperial, con arreglo á lo dispuesto en el artículo 47, inciso 2°, del Código de Minas, indicando día é ingeniero al efecto y como lo pida el interesado al efectuarse esa

operación; que don Juan Crockett no puede mensurar á continuación de estas pertenencias sino las manifestadas por él ó de personas de quienes presente poder en forma.

En el escrito pide el señor Bannen que el señor Crockett exprese cuáles son los terrenos de su fundo "Los Corrales" que desea ocupar, qué cantidad de leña necesita, qué caminos, qué pastos, qué aguas; observando desde luego que no está dispuesto á tolerar que se establezcan en su fundo trabajos de lavaderos que destruyan la tierra en una parte y la arrastren á otros lugares, porque la ley habla de ocupación de terreno para trabajar minas y no ha contemplado el caso de trabajos hidráulicos que destruyan la tierra, montañas y las corrientes de aguas; y se opone á que se trastorne el fundo lavando la tierra con máquinas ó pistones.

A f. 56 el señor Bannen, en su carácter de minero colindante, acompaña la manifestación y ratificación de su pertenencia "Caupolicán" para que se ordene su demarcación ó mensura preferente, con arreglo al artículo 48 del Código de Minería, la cual debe medirse á continuación de los yacimientos "Esmeralda", "Ercilla" y "La Imperial" y como lo indique en el acto de la mensura como lo establece el artículo 58 del Codigo Citado.

Para tratar y resolver sobre estas peticiones se citó á las partes á comparendo, que tuvo lugar á f. 61.

El señor Bannen pidió que se tuvieran como reproducidas en este comparendo sus peticiones y objeciones anteriores, agregando en la solicitud de f. 64 que puede pedir las pertenencias que quiera con una extensión de quince hectáreas cada una, porque en el caso actual no se trata de un solo criadero mineral, sino de varios, y es un hecho innegable que en esta zona las tierras auríferas no se manifiestan en manto contínuo sino en depósitos aislados y de pequeñas dimensiones, que es lo que pasa en su fundo, donde no hay arenas sino tierra vegetal.

El señor Crockett, contestando estas observaciones, pide que el Juzgado se pronuncie; que en atención á lo prescrito en el artículo 24 del Código de Minería declare que el señor Bannen solamente tiene derecho á las tres pertenencias que describió y registró primero, por cuanto las otras pertenencias que ha solicitado están en un mismo criadero mineral y en un mismo paño de terreno, aunque no ha cumplido con el artículo 10 del reglamento de Minas, porque no ha hecho los pozos de ordenanzas ni las obras é instalaciones necesarias para beneficiar el oro; que en caso de declararse que el señor Bannen tiene derecho á las tres pertenencias ó mayor número de ellas, se haga la demarcación en la forma que pidió é indicó en la ratificación ó como lo pidiere en el acto de la mensura, siempre que no se interne en el suelo de las pertenencias del exponente, conservando el largo y ancho fijados en la ratificación.

Las aguas que por de pronto necesita para la explotación de sus pertenencias es la misma que hoy ocupa en la mina, de las pequeñas quebradas.

Que la leña y pasto que podría necesitar, si es que no le convenga al señor Bannen, no le ocuparía nada de estos artículos.

Que el procedimiento que piensa usar para la explotación es el de pistones; pero si no le conviniera por la indemnización de los perjuícios que habria que pagar, trabajaría á labor; el terreno que necesita son cincuenta hectáreas y los perjuicios se apreciarán por peritos.

El señor Bannen manifiesta que no son conducentes las peticiones hechas por el señor Crockett porque las disposiciones legales que cita solamente son aplicables á las minas propiamente dichas y no á los lavaderos, que se rijen por el reglamento de 5 de julio de 1895.

En desacuerdo de las partes y para mejor resolver se recibió la causa á prueba y se ha rendido la que consta de autos.

El juzgado de Nueva Imperial, falló el 9 de octubre de 1903:

Considerando:

Que las partes, reconociendo la existencia de yacimientos auríferos en el fundo los "Corrales" de propiedad de don Constantino Bannen, ubicado en la primera subdelegación de este departamento, solicitaron las pertenencias mineras que se demarcan en los planos de fs. 21, 38 y 138, con arreglo á las disposi-

ciones del Código de Minería y Reglamento de 5 de julio de 1895;

Que don Constantino Bannen tiene derecho para mensurar las pertenencias que ha ratificado, sin estar sujeto á la limitación contenida en el artículo 24 del Código de Minas, por cuanto ella no es aplicable á las sustancias y yacimientos de que trata el artículo 4.º del Código citado y los errores en que haya incurrido en los deslindes de sus pertenencias puede subsanarlos en cualquier tiempo, sin perjuicio de terceros, con arreglo á los artículos 5.º y 8.º del Reglamento ántes indicado, por hallarse justificado en autos que hay en el terreno varios criaderos minerales que se manifiestan en depósitos aislados y de pequeñas dimensiones;

Que, con el mérito de los documentos acompañados y habiendo manifestado don Constantino Bannen, con anterioridad á la parte contraria, el mineral "Caupolicán", tiene derecho preferente para mensurarlo;

Que tratándose de la explotación de las sustancias minerales á que se refiere el artículo 4.º del Código de Minas la ley no ha puesto límites á los perjuicios que pueden ocasionar á la propiedad; pero es evidente que el legislador no ha podido autorizar la destrucción del terreno de cultivo por medio de pistones, dinamita ú otros procedimientos análogos que hagan ilusorio el derecho del propietario del suelo que no puede subsanarse por una simple indemnización, que en ningun caso podrá ser mayor que el terreno mismo.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prescrito en los artículos 4.º, 8.º, 13, 24, 43, 47, 48, 49, y 52 del Código de Minas, dispocisiones citadas del reglamento del 5 de julio de 1905, y artículos 193, 918 y 919 del Código de Procedimiento Civil;

Se declara:

1.º Que don Juan Crockett y su socio ó poderdante no pueden mensurar las minas á que se refiere su escrito de fs. 22, sino despues de mensuradas las tres pertenencias con quince hectáreas cada una de los minerales "Esmeralda", "Ercilla" y "La Imperial", de don Constantino Bannen;

2.º Que esta mensura debe hacerse en la forma que lo pidiere el interesado al ejecutarse ésta operación, no pudiendo tener cada pertenencia mas de cincuenta mil metros cuadrados;

3.º Que don Juan Crockett puede mensurar á continuación de aquellas pertenencias las que ha manifestado y ratificado, según lo expresa en las solicitudes de fs. 1 a 32 inclusive; y para explotarlas no podrá hacer uso de pistones, dinamita ú otros sistemas análogos que destruyan la propiedad; y

4.º Que el mineral "Caupolicán" de don Constantino Bannen debe mensurarse preferentemente y á continuación de los yacimientos "Esmeralda", "Ercilla" y "La Imperial" y en la forma determinada en el artículo 52 del Código de Minería.

En consecuencia, procédase á la demarcación ó mensura de las pertenencias de ambas partes, con arreglo á las consideraciones anteriores y á fin de hacer el nombramiento de peritos é ingenieros que deben practicar esta operación y señalar día en que debe verificarse, vengan las partes á comparendo para el quinto día hábil despues de que cause ejecutoria esta resolución, á las 5 P. M.

Don Constantino Bannen es agricultor, vecino de Santiago, y don Juan Crockett, minero y domiciliado en Valdivia.

Anótese y reemplácese el papel.—*M. H. Urrutia.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Aceptando la parte expositiva y los considerandos 1.º y 3.º de la sentencia; y

Teniendo además presente:

1.º Que según lo prescrito en el artículo 2.º del Código de Minería, son de libre *adquisición* por los particulares las minas de oro, plata, etc., cualquiera que sea su origen y la forma de su yacimiento;

2.º Que si bien es cierto que el inciso 1.º del artículo 4.º de dicho Código dispone que son de libre *aprovechamiento* las arenas auríferas y estañíferas y cualesquiera otras producciones de los ríos y placeres, siempre que se encuentren en terrenos eriales de cualquier dominio, también lo es que el inciso final del mismo artículo establece que sin embargo de esa disposición, se formarán pertenencias mi-

neras cuando la explotación se hiciere en establecimientos fijos;

3º Que no obstante la defectuosa redacción del último de los artículos transcritos, el tenor literal y contexto de ellos y de otras disposiciones del citado Código manifiestan claramente que su espíritu es que las arenas auríferas y demas sustancias minerales de los ríos y placeres son también denunciables ó de libre *adquisición*, aunque el terreno en que se encuentren no sea erial, como no lo es el fundo "Corrales" del señor Bannen, debiendo, sí, en este caso, formarse las pertenencias minerales ó constituirse la propiedad minera con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal;

4º Que esta interpretación de la ley, que es la verdadera y jenuina, ha sido también dada por el propio dueño del fundo superficial, al pedir para sí las pertenencias mineras que se le reconocen por los actuales fallos y al otorgar su anuencia á otras personas para que solicitaran tambien pertenencias en dicho fundo;

5º Que el Reglamento de 5 de julio de 1895, dictado en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 163 del Código de Minería, corrobora asimismo la inteligencia que se da á los referidos preceptos legales;

6º Que la demarcación ó mensura de las pertenencias deberá efectuarse en las formas que el minero hubiere señalado ó pedido en la ratificación de su registro, y aunque la ley lo autoriza para modificar en el acto de la demarcación los linderos que en dicha ratificación hubiere designado, tal facultad solo puede ejercerse cuando no hay colindantes, ó si habiéndolos, no se opusieren, y en este litigio se han deducido oposiciones por ambas partes; y

7º Que no se halla legalmente comprobado que los yacimientos descubiertos y denominados "Esmeralda", "Ercilla", "La Imperial" y "Caupolicán" constituyen un solo manto ó criadero mineral.

Por estos fundamentos y de conformidad, además, con lo establecido en los artículos 15, 19, 24, 29, 42, 48 y 52 del citado Código de Minería, 19 y 22 del Código Civil, se confirma en la parte apelada la susodicha sentencia, de 9 de octubre de 1903, con declaración de que los litigantes pueden en la operación de mensura de sus pertenencias hacer las modificaciones que pidieren, sin perjuicio de sus recíprocos derechos ó siempre que el uno no se interne en el suelo de las pertenencias del otro, tal como estas hayan sido alinderadas en las ratificaciones de sus registros.

Don Constantino Bannen es marino y está domiciliado en Santiago.

Don Juan W. Crockett, es minero; don Alfredo y don David Melo agricultores, domiciliados en Carahue; y don Carlos Wiebrig y don Francisco Spröhule, comerciantes, domiciliados en Valdivia.

Redactada por el señor Ministro Rodríguez C.—*Manuel Rodríguez C.—E. Fuentes R.—Luis David Cruz.*

Corte de Valparaíso.—6 de octubre de 1905

Diz con Bitsch

Pagaré á la orden: prescripción. — Compra-venta.—Prueba testimonial; principio de prueba por escrito.

DOCTRINA:—*La prescripción de cuatro años establecida para las letras de cambio es aplicable á los pagarées á la orden causados por una operación de comercio, como la compra de una letra de cambio.*

La escritura de venta de una hacienda con todos sus animales, que debían ser entregados en el mismo fundo y debiendo pagarse parte de su precio en ciertos plazos, y que ha sido firmada por el demandado á quien se cobra el valor de los animales, constituye un principio de prueba por escrito que hace admisible la prueba testimonial.

Don Francisco Salas, como endosatario del documento dice: que según consta de este documento, don Juan Bitsch adeuda á su endosante la suma de $ 2.940 de 24 d., valor de una letra de £ 300 que entregó al señor Bitsch.

A esta suma hay que agregar el valor de los intereses, ascendente á $ 3.851.40 hasta el dia 17 del mes y año en que se interpuso esta demanda, y todo lo cual hace un total de $ 6.791.40.

Como el señor Bitsch con distintas escusas ha retardado el pago de la suma indicada, en representación de su endosante, entabla demanda contra don Juan Bitsch, por la cantidad ya expresada, intereses y costas.

Contestando y reconviniendo don Ramón Luis Arriagada, por don Juan Bitsch, pide que se rechace la demanda y se dé lugar á la reconvención que pasa á formular.

Es efectivo como lo asegura el contendor en la demanda, que su acción es procedente de la letra de cambio de £ 300 sobre Londres á que se refiere el documento.

De aquí se sigue que su acción está prescrita con mucha antelación, pues el documento tiene once años de fecha y solo se necesita para el caso el lapso de cuatro años que establece el artículo 761 del Código de Comercio.

Se opone, pues, á la demanda con la excepción de prescripción de la deuda.

Reconviene por la cantidad de $ 12.000, valor que representan los dos pagarées á que se refiere la escritura de compra-venta que acompaña.

Don Francisco Salas, replicando dice: que sostiene en todas sus partes cuanto ha dicho en la demanda, agregando las siguientes observaciones:

Es inexacto que haya dicho que la acción deducida por su parte es procedente de una letra de cambio.

El señor Diz dió al señor Bitsch en préstamos la cantidad de £ 300, al cambio de 24 d., como lo expresa el documento.

No existe ningún contrato de cambio entre el demandante y el demandado, sino uno claro y terminante de mútuo, sujeto á las reglas de esta clase de contratos.

No tiene razón de ser la aplicación del artículo 761 del Código de Comercio y pide no se dé lugar á lo solicitado.

Su mandante niega adeudar al señor Bitsch la cantidad que menciona en su reconvención, como á su tiempo promete probarlo.

Duplicando el demandado, dice: que es inútil la negativa del contendor de lo que ha dicho en la demanda, porque allí consta su afirmación de que la deuda procede de una letra de cambio y consta también del tenor literal del documento.

El primer efecto de la contestación de la demanda es establecer el cuasi contrato de litis contestación, en virtud del cual no se puede variar lo que las partes hubieren dicho.

Considerando dicho documento como un simple pagaré á la orden, resulta prescrito también por el mismo lapso de cuatro años, porque es un pagaré comercial que procede de una operación mercantil, cual es el jiro de una letra de cambio y está sujeto, en consecuencia, á las prescripciones del artículo 769 del Código de Comercio.

Deja claramente comprobado que el documento está prescrito, sea que se le considere como deuda procedente de letra de cambio ó como simple pagaré á la orden.

No ha podido tomar en sério la afirmación que hace el contendor de que ese documento es un mútuo, porque el mútuo es un contrato bilateral y un pagaré á la orden es un simple documento unilateral.

Con lo expuesto queda agotado el debate sobre la cuestión de derecho.

Entrando, ahora, á analizar los hechos, puede decirse que ha sido grande la sorpresa de su mandante al ver aparecer en juicio ese documento, cuya cancelación la efectuó hace más de nueve años, y dada la confianza que tenía con el señor Diz, creyó lo que le dijo este señor cuando recibió el pago: que había perdido el documento; pero que no tuviera cuidado, porque en cuanto apareciera lo rompería.

La escritura de compra-venta comprueba, sin dejar lugar á dudas, la efectividad de ese pago.

En efecto, si hubiera permanecido insoluto el documento, no se habría comprometido el señor Diz á firmarle pagarées al señor Bitsch.

si éste le hubiere estado adeudando el documento, que es anterior en dos años á esa escritura y que á esa fecha lleva más de un año de vencimiento.

De aquí se desprende, con toda evidencia, que si firmó pagarées fué porque nada le debía al señor Bitsch.

Por lo que toca á la contestación de su reconvención, de nada le vale al señor Diz negar la deuda que consta en esa escritura pública, si no exhibe las cancelaciones de esos pagarées.

El sabe que por su parte no podría presentar esos pagarées, por ser público y notorio en la colonia que cuando sobrevino el gran incendio de los bosques que rodean á Punta Arenas, la casa del señor Bitsch (donde guardaba todos sus papeles) fué completamente arrasada, no salvando de ella ni siquiera las ropas necesarias, habiendo estado el señor Bitsch en grave peligro de perecer quemado; al señor Diz le corresponde la prueba de haber pagado esa deuda, cuyo monto se forma del modo siguiente: siendo $ 12.000 la deuda total entre los socios Diz y Roux á aquel le corresponde la mitad, ó sea $ 6.000, que con los intereses corrientes hasta la fecha suman una cantidad muy superior á $ 12.000.

Sin embargo, su mandante limita á esta suma de $ 12.000 la reconvención.

Recibida la causa á prueba, se rindió por las partes la que corre en autos.

El juzgado de Punta Arenas falló el 17 de agosto de 1903.

Considerando en cuanto á la demanda:

Que sin negar la existencia de la deuda que se cobra por el documento, el demandado, en su escrito de contestación, se ha limitado á oponerse á la demanda deduciendo la excepción de prescripción de la deuda;

Que á este efecto el demandado hace presente que la acción deducida en la demanda procede de una letra de cambio y, por consiguiente teniendo el documento de fs. 1 once años de fecha, la acción está prescrita en conformidad con lo que dispone el artículo 761 del Código de Comercio;

Que la prescripción alegada no es admisible en el presente caso por tratarse, como se ve á fs. 1, de un pagaré firmado por Bitsch á favor de Diz;

Que, á mayor abundamiento, el demandante ha probado con el testimonio de los testigos don Pedro Arentsen y don Guillermo Welelker la deuda materia de esta demanda.

Considerando en cuanto á la reconvención.

Que por el contrato de fs. 6 don Juan Bitsch vendió á los señores Ignacio Diz y Francisco Roux toda su hacienda de animales vacunos que poseía en su estancia de Rio Gallegos, con excepción de ciento diez vacas paridas, los bueyes mansos y dos ó tres yuntas de novillos y cuyos animales debían ser entregados por el vendedor en la misma estancia á los compradores;

Que por este contrato se estipuló también que el precio de ello sería el $ 14 y $ 15 según su edad, y que el pago debía efectuarse del modo siguiente: la tercera parte del valor al recibir los compradores la hacienda y el resto en dos pagarées, el uno de cuatro meses de plazo y el otro á siete;

Que por la reconvención se cobra al demandante la suma de $ 12.000 que representan los pagarées á que se refiere la escritura de compra-venta en referencia;

Que para justificar este cobro que se persigue por la reconvención el demandado ha rendido la prueba testimonial que corre en autos;

Que según lo dispuesto en el artículo 1709 del Código Civil, deben constar por escrito los actos ó contratos que tienen por objeto la entrega ó promesa de una cosa que valga más de $ 200; y en el caso en cuestión en que se demanda más de esa suma no se ha exhibido constancia escrita de que don Ignacio Diz se hubiese reconocido obligado á pagar los $ 6.000 como saldo de la deuda á favor de Bitsch en la compra de animales.

En virtud de estas consideraciones y citaciones legales y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1698, 2514 y 2515 del Código Civil;

Se declara:

Que no ha lugar á la reconvención deducida: y

Que ha lugar á la demanda en los términos

formulados, sin intereses ni costas y debiendo don Juan Bitsch pagar los $ 6.791,40 en el término de quinto día después de ejecutoriada esta sentencia.—*Waldo Seguel.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: reproduciendo la parte expositiva y los considerandos primero, segundo, quinto, sexto, séptimo y octavo de la sentencia de primera instancia; y

Teniendo además presente respecto á la demanda:

1º Que el pagaré á la orden tiene por causa, según en él se expresa, una operación de comercio, esto es, la compra de una letra de cambio por £ 300 sobre la casa de C. M. Lampson y Compañía de Londres;

2º Que las disposiciones legales relativas á la prescripción de las letras de cambio son aplicables á los pagarées á la orden de la naturaleza jurídica del que se cobra en la demanda, por lo que procede la excepción de prescripción de cuatro años opuesta por el demandado contra el expresado documento desde que, según su fecha, 17 de abril de 1891, y el plazo de nueve meses estipulados para el pago, aparece debidamente establecida.

Respecto de la reconvención:

1º Que la escritura pública de 23 de febrero de 1902, y que se encuentra firmada por el reconvenido don Ignacio Diz, constituye un principio de prueba por escrito que hace verosímil el cobro materia de la reconvención y, en consecuencia, es admisible la prueba testimonial rendida en la causa para establecer el hecho de haberse entregado á don Ignacio Diz los animales á que se refiere el contrato;

2º Que con las declaraciones de los testigos presentados por don Juan Bitsch al tenor de las preguntas segunda, tercera, cuarta y quinta del interrogatorio, y con la confesión de don Ignacio Diz, contestando las preguntas séptima y octava de las posiciones absueltas en esta segunda instancia, se comprueba que Diz recibió por su parte más ó menos cuatrocientos animales de los vendidos por el expresado contrato y que más ó menos ciento cincuenta de estos eran chicos;

3º Que ese contrato y tales antecedentes justifican plenamente la obligación que afecta á don Ignacio Diz de pagar, en razón de la reconvención, la suma de $ 5,850, valor de los cuatrocientos animales que á él le correspondieron.

Con arreglo á lo dispuesto en los artículos 769 y 761 del Código de Comercio y 698, 1711 y 1545 del Código Civil, se revoca en la parte apelada la sentencia de 17 de agosto de 1903; y

Se declara:

1º Sin lugar la demanda deducida por don Ignacio Diz;

2º Que ha lugar á la reconvención solo en cuanto el demandante debe pagar á don Juan Bitsch la suma de $ 5,850.

Redactada por el señor Ministro Silva.—*B. Alamos González.—Braulio Moreno.—Luis Ignacio Silva.—Pedro N. Pineda.—A. Bezanilla Silva.*

Corte de Tacna.—4 de septiembre de 1905.

Alfaro con Cuyet y otro

Cuasi delito.—Negligencia.- Responsabilidad. — Indemnización de perjuicios.

DOCTRINA:—*La negligencia de parte de la Compañía de Vapores y del capitán de buque de mantener á bordo aparatos para la carga y descarga que no ofrecen seguridad para los operarios, les hace responsables solidariamente del daño causado á un trabajador con la caída de una "rueda catalina" que no se hallaba suficientemente afianzada y los obliga á la indemnización de los perjuicios.*

Don Claudio Alfaro en su demanda expone: que se encuentra en el hospital con el brazo y la pierna izquierda triturados y la cabeza rota á causa de hacerse caído sobre él las cadenas y lingadas de carbón y rueda catalina del buque *Atlantique*, surto en la rada de este puerto y que quedará inválido si es que alcanza á sobrevivir, por causa de descuido en el expresado buque

Los hechos pasaron del modo siguiente: el 4 de diciembre de 1903 estaba el demandante trabajando en una cuadrilla en las bodegas del buque sacando carbón, cuando se rompió el aparato de la catalina y se cayó todo al suelo, pillándole é infiriéndole las lesiones á que ha hecho referencia.

Atribuye este suceso á descuido á bordo en registrar los ganchos de la catalina, los que por el mucho uso estaban gastados, hasta el momento en que el demandante trabajaba en que se rompieron.

Que este descuido es culpable, por cuanto los que van á trabajar lo hacen confiados en que todas y cada una de las herramientas que posee el buque para la carga y descarga están en buen estado y revisadas prolijamente para evitar desgracias como la que ha ocurrido.

La imprevisión ó mejor dicho la negligencia en revisar la catalina y tener fuera de trabajo las piezas gastadas, hacen naturalmente responsables de las desgracias de á bordo al capitán ó sea al buque mismo, en virtud de los tan conocidos preceptos que rigen la materia.

Termina formulando demanda en contra del capitán del buque *Atlantique*, don Eujenio Cuyet, y contra el agente de dicho buque don Luis A. Rojas, para que se declare que solidariamente son responsables por la suma de $ 20.000 ó la mayor ó menor en que el Juzgado regule la pierna y brazo que tiene triturados.

Esta demanda fué ratificada por el curador especial nombrado al efecto al demandante.

Contestando los demandados exponen:

1º Que es completamente falso el hecho aseverado por el demandante acerca de que se haya roto el aparato que sostiene la catalina á causa de negligencia en revisarlo.

Esta consiste en una argolla colgante de fierro á la que va adherida, por medio de un tornillo con tuerca, la rueda acanalada en que se apoya por su parte esterior el cabo que sube las lingadas desde las bodegas del buque hasta la lancha.

Que lo que sucedió fué que con el peso de las lingadas, vaivén del buque y consiguiente trepidación de la argolla que sostiene la catalina, la tuerca adherida al tornillo que afianza la rueda se desprendió repentinamente, siendo de advertir que para estas operaciones se tiene especial cuidado en que tanto el tornillo como la tuerca se encuentren en perfecto estado.

Que todo el que conozca esta clase de trabajos sabe que estando ya muy usados el tornillo y la tuerca, éstos ceden al primer momento ó sea en la primera lingada, mientras que en el presente caso todos los trabajadores que en ese día se encontraban á bordo podrán declarar como es verdad que la tuerca y su tornillo estaban en perfecto estado y que lo ocurrido se debe á un incidente imprevisto ocasionado talvez por el movimiento excesivo que los mismos trabajadores imprimen á las lingadas de carbón al sacarlas de la bodega del buque;

2º Que el demandante no ha acreditado que haya perdido el brazo y la pierna izquierda, como lo asevera, pues aun nada se sabe al respecto y el certificado médico que se acompaña no lo asegura ni lo expresa como accidente de consecuencia de golpe.

De modo que no es cierta la base de la demanda, ó sea que Alfaro tenga perdido el brazo y pierna izquierda;

3º Que aun cuando el demandante perdiera ambos miembros, no tendrá derecho á indemnización forzosa alguna, por cuanto no hay culpabilidad de parte del buque ó sea de su capitán ó agente, como se demostrará en el curso del juicio.

Termina pidiendo se deseche la demanda, con costas.

En la réplica el demandante acompaña un croquis para acreditar que la catalina que le cayó se desprendió á causa de haberse corrido el perno que lo adhiere al grillete que la sostiene en el cable "estok" del buque.

Con referencia al mismo croquis, agrega: el grillete núm..... mantiene la catalina levanta-

da por medio del perno número 3, que en su extremo tiene hilo para la tuerca número 10 y que debe tener además un agujero para que se remache la chabeta.

En el presente caso ha ocurrido que el perno estaba con el hilo gastado y no tenía la chabeta puesta.

Con el uso, la tuerca que estaba sostenida, se deslizó y no encontrando la chabeta dejó el perno solo, el que naturalmente fué resbalándose hasta salirse, y entonces el aparato completo de la catalina cayó, yendo á triturar el brazo y pierna del demandante y lesionándole la cabeza.

Que la catalina es una pieza que sólo se tiene de reserva y para el caso en que no haya otra pieza á bordo, por cuanto el aparato caldea y quema los cables, porque impide la ventilación en la parte alta de la rueda.

La modificación que se hace á la demanda es la de que realmente el demandante no fué lesionado por la lingada de carbón, sino por la catalina que se desprendió en la forma anteriormente expuesta.

Duplicando el agente de la Compañía Atlantique, don Luis A. Rojas, dice: que mal ha podido confesar los fundamentos de la demanda, desde que se ha negado en absoluto que el accidente sufrido por Alfaro haya sido ocasionado en la forma y por las causas que se dicen en la demanda.

Que, por el contrario, el demandante se ha visto obligado á aceptar la rectificación, en orden á que Alfaro no recibió una lingada de carbón, como se afirmaba en la demanda, sino que fué herido por la catalina, accidente ocurrido por caso fortuito.

Que los hechos aseverados en la réplica, como ser aquello de que el perno número 3 estaba con el hilo gastado y no tenía la chabeta y demás detalles son de todo punto falsos, y el demandante deberá probarlos en debida forma.

En rebeldía del capitán del buque, don Eujenio Cuyet, se dió por evacuado el traslado de la dúplica y se recibió la causa á prueba, rindiéndose la que obra en autos; se alegó de bien probado y se citó á las partes para sentencia.

El Juzgado de Iquique falló el 3 de abril de 1905:

Considerando:

1º Que la rectificación hecha por el demandante en la réplica ha sido aceptada por el agente en este puerto de la Compañía Atlantique, al evacuar el escrito de dúplica y que no altera por lo demás en parte sustancial la acción deducida en la demanda;

2º Que de la prueba rendida y certificados aparece comprobado que la tuerca adherida al tornillo que afianza la rueda catalina no estaba sostenida por una chabeta, sin lo cual podía fácilmente resbalar hasta caer;

3º Que de parte de los demandados solo se ha intentado probar que el aparato para la carga y descarga estaba en buen estado y fué revisado antes de principiar el trabajo; pero no que reuniera las condiciones requeridas para la seguridad de los operarios;

4º Que la inseguridad de dicho aparato se halla confirmada con el hecho probado de haber caído, al día siguiente de la desgracia ocurrida al demandante, la catalina de proa, aunque sin causar en esa ocasión desgracia personal.

5º Que de autos y del certificado se comprueba hallarse imposibilitado el demandante para el trabajo, haber sido amputado en la parte superior del muslo izquierdo y tener una fractura del ante-brazo izquierdo con callo vicioso y deformación motivada por haber caído sobre él la rueda ó catalina del buque en que trabajaba de la Compañía Atlantique;

6º Que la negligencia de parte de la Compañía y del capitán del buque de mantener á bordo aparatos para la carga y descarga que no ofrecen seguridad al trabajador, les hace responsables del cuasi-delito y de la indemnización correspondiente; y

7º Que la indemnización de $ 20,000 en que se ha valorizado esta última de parte del demandado es equitativa, tomando en cuenta el estado en que éste se encuentra con motivo del daño causado.

Con arreglo á los artículos 492 del Código Penal, 2314 y 2320 del Código Civil y 151 del Código de Procedimiento Civil, se declara

que ha lugar á la demanda y, en consecuencia, que los demandados solidariamente quedan obligados á pagar al demandante la cantidad de $ 20.000, ejecutoriada que sea esta sentencia, y las costas del juicio.

Aparece de autos que el demandante es de profesión jornalero, que uno de los demandados es comerciante y que ambos residen en este puerto, circunstancias estas que no se consignan por lo que respecta al demandado Eugenio Cuyet, por no constar de autos.—R. *Fuenzalida.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: eliminando el considerando séptimo y la cita del artículo 492 del Código Penal, agregando la palabra "civil" á la proposición "les hace responsables del cuasi-delito" contenida en el considerando sexto, y teniendo además presente lo dispuesto en el artículo 2329 del Código Civil, se confirma la sentencia apelada de 3 de abril último, con declaración de que se reduce á $ 12.000 la indemnización que los demandados deben pagar al demandante por el daño sufrido y que no ha lugar á la condenación en costas de primera instancia.

Acordada por unanimidad, previniéndose que el señor Ministro Vega reduce á $ 10.000 el monto de la indemnización que deben pagar los demandados.—*E. Cisternas Peña.—P. Roberto Vega.—M. A. Quirell.—M. Vargas Mardones.*

Corte de Tacna.—2 de agosto de 1906

Martínez con Martínez

Hijo natural; reconocimiento.—Efecto retroactivo.—Legitimación "ipso jure".

DOCTRINA:—*Según el el artículo 165 del Código Civil boliviano, es hijo natural aquel cuyos padres eran capaces de contraer matrimonio libremente y sin dispensa en el tiempo en que fué concebido, y según el artículo siguiente, el reconocimiento de hijo natural puede hacerse por instrumento público.*

El matrimonio de los padres contraído durante la vigencia de la ley chilena legitima "ipso jure" á los hijos naturales reconocidos bajo el imperio de la legislación boliviana.

Don Alberto Sánchez, comerciante, se ha presentado á nombre de don Claudio Martínez Espinosa, pidiendo al Juzgado prohiba la inscripción del auto que concede la posesión efectiva de los bienes de don Claudio Martínez Ramos, hasta que en juicio contradictorio no pruebe igual ó mejor derecho que su mandante en dicha sucesión.

Funda su petición en que la señora Matilde Martínez de Acevedo no ha sido reconocida como hija natural sino por su padre, de modo que el matrimonio posterior de los padres de dicha señora no la ha legitimado; en cambio don Claudio Martínez E. es hijo legítimo y como tal excluye de la herencia á los naturales.

Contestando se presentó don Aníbal Echeverría y Reyes, abogado, por doña Matilde Martínez de Acevedo y pide se normalice el procedimiento teniendo como demanda el escrito presentado por el señor Sánchez y como contestación el presente escrito en que contesta.

Entrando en seguida al fondo de la cuestión sostiene:

Que tanto don Claudio Martínez Espinosa como doña Matilde Martínez de Acevedo so hijos naturales de don Claudio Martínez Ramos.

Se funda: en que si es cierto que fué reconocido como natural don Claudio Martínez E. por sus padres bajo la vigencia de la ley boliviana, el matrimonio posterior de los padres no lo ha legitimado por haberse efectuado

éste durante la vigencia de la ley chilena, pues las meras espectativas no forman derecho y en consecuencia, la capacidad que la ley confiere á los hijos ilegítimos de poder ser legítimos no les da derecho á la legitimidad por el nuevo matrimonio de sus padres si éste se contrajere bajo el imperio de una ley posterior que exija nuevos requisitos ó formalidades para la adquisición de ese derecho.

La ley chilena exige para la legitimación de los hijos instrumento público otorgado á la fecha de la celebración del matrimonio ó en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes, so pena de nulidad.

El señor Claudio Martínez Espinosa no ha exhibido el instrumento de su legitimación, luego no es hijo legítimo y pide en consecuencia, que se declare: que don Claudio Martínez Espinosa es hijo natural y como tal, concurre con doña Matilde Martínez de Acevedo en la herencia de sus padres, debiendo dejarse sin efecto el decreto de posesión efectiva concedido á favor de don Claudio Martínez Espinosa, cancelándose su inscripción en ambos conservadores y manteniéndose en todas sus partes la posesión efectiva concedida á favor de doña Matilde Martinez de Acevedo.

Por decreto de 27 de diciembre del año último se mandó tener como demanda el escrito de fs. 21, como contestación el de fs. 22 dándose traslado para replicar.

Don Alberto Sánchez, por don Claudio Martínez Espinosa, replicando dice:

Que el reconocimiento de don Claudio Martínez Espinosa como hijo natural de don Claudio Martínez Ramos y de doña Jacoba Espinosa está aceptado por el contendor y si hay razones para sostener que la legislación boliviana debe aplicarse en este caso, le basta observar que ampliando la ley chilena se llega á la misma conclusión, pues el matrimonio de los padres legitima *ipso-jure* á los que uno y otro han reconocido como hijos naturales de ambos con los requisitos legales.

El matrimonio de los padres de Claudio Martínez Espinosa legitimó á éste sin necesidad de instrumento público, según el artículo 7º del Código Civil.

Concluye ampliando su demanda en la forma siguiente: pide se deje sin efecto el decreto que concede la posesión efectiva de los bienes de don Claudio Martínez Ramos á doña Matilde Martínez de Acevedo; se haga la correspondiente anotación marginal en el libro de sentencias; se notifique á los conservadores la prohibición de inscribir semejante auto y se mantenga en todo su vigor el decreto de 7 de enero de 1905, en que se concede la posesión efectiva a don Claudio Martínez Espinosa.

En escrito presentado de común acuerdo don Aníbal Echeverría renunció al trámite de dúplica y ambos contendores á la prueba y á los alegatos de bien probado, pidiendo se citara para sentencia.

Se citó para sentencia.

El Juzgado de Antofagasta falló el 23 de abril de 1906:

Considerando:

1º Que según consta del documento, don Claudio Martínez Ramos y doña Jacoba Espinosa, por escritura pública otorgada ante el Notario de Caracoles don Estanislao Reyes en 23 de agosto de 1875, reconocieron á Claudio Rafael 2º, de edad de veinticinco días como su hijo natural y declararon no tener á la sazón ningún impedimento para contraer matrimonio;

2º Que consta asimismo que los expresados don Claudio Martínez Ramos y doña Jacoba Espinosa Castro contrajeron matrimonio ante el oficial del Registro Civil de Caracoles don Bernabé Correa en 5 de enero de 1885;

3º Que según lo dispuesto en el artículo 165 del Código Civil boliviano, es hijo natural aquel cuyos padres eran capaces de contraer matrimonio libremente y sin dispensa en el tiempo en que fué concebido, y según el artículo siguiente, el reconocimiento de hijo natural puede hacerse, entre otros medios, por instrumento público;

4º Que se ha hecho debidamente el reconocimiento de hijo natural en conformidad á la legislación que regía esa clase de actos en la época de su otorgamiento, en cuanto se relaciona con don Claudio Rafael 2º Martínez;

5º Que es un principio general de legislación el de *tempus rejit actum*, así como tam-

bién el de *locus rejit actum* y que también han sido reconocidos en nuestra legislación por la ley de 7 de octubre de 1861;

6º Que por consiguiente, el reconocimiento de hijo natural efectuado por sus padres á don Claudio Rafael, debe regirse por la legislación boliviana de aquella época, y como se ha expuesto en los tres primeros considerandos de esta resolución, él se ha efectuado conforme á esa legislación;

7º Que los padres de don Claudio Rafael contrajeron matrimonio con posterioridad, con arreglo á las leyes vigentes á la fecha de la celebración de este contrato;

8º Que según la legislación vigente á la fecha de este contrato, ó sea conforme á la ley chilena, bastaba el matrimonio posterior de los padres del reconocido como hijo natural para la legitimación *ipso jure* de éste;

9º Que sólo fuera del caso de la legitimación *ipso jure* son necesarias las disposiciones y aceptaciones á que se refieren los artículos 208 y siguientes del Código Civil chileno;

10. Que por consiguiente, don Claudio Rafael no ha necesitado cumplir con las disposiciones del artículo 208 y siguientes de este Código, toda vez que quedó *ipso jure* reconocido como hijo legítimo por el matrimonio de sus padres, como hijo natural reconocido por ambos con anterioridad;

11. Que en esta condición de hijo legítimo excluye á sus hermanos naturales y á todos los otros herederos de sus padres que no se hallaren en la misma condición, salvo la porción conyugal, que en el presente caso no existe por haber muerto ambos;

12. Que doña Matilde Martínez de Acevedo ha acreditado sólo hallarse en la condición de hija natural, se declara: que ha lugar á la demanda en la forma ampliada por el escrito y que no ha lugar á lo demás pedido por las partes.

Todo conforme con las leyes citadas i artículos 202, 207, 988 y 1698 del Código Civil chileno i 2º, 3º, 5º, 22 y 23 de la ley de 7 de octubre de 1876.—*V. Herrera U.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: sustituyendo la cita de la ley de 7 de octubre de 1876 por la de 7 de octubre de 1861, se confirma la sentencia apelada de 20 de abril último.

Acordada contra el voto del señor Ministro Cisternas Peña, quen estuvo por revocar la indicada sentencia y que se declare que don Claudio R. Martínez Espinosa no ha adquirido el estado civil de hijo legítimo que pretende tener, declarándose, en consecuencia, sin lugar la demanda.

Funda su voto en el libro respectivo.—*P. Roberto Vega.—E. Barros.—E. Cisternas Peña.—M. A. Quirell.*

VOTO ESPECIAL

En el juicio seguido por don Claudio Martínez Espinosa con su hermana doña Matilde Matínez Espinosa sobre estado civil, el infrascrito, disintiendo de la mayoría del Tribunal, ha opinado por la revocatoria de la sentencia apelada y que se declare que el expresado don Claudio no ha adquirido el estado civil de hijo legítimo que pretende tener.

Funda su voto en las consideraciones que hizo valer en el acuerdo y que se consignan en el siguiente proyecto de sentencia:

1ª Que desde que se ocupó Antofagasta en nombre del Gobierno de Chile, el 14 de febrero de 1879, entraron á regir en ese territorio las leyes chilenas, cesando en su imperio las bolivianas, que hasta entonces habían estado en vigor;

2ª Que todo conflicto que se suscite por la aplicación de leyes bolivianas y chilenas en Antofagasta debe resolverse con arreglo á las disposiciones de la ley de 7 de octubre de 1861 sobre efecto retroactivo de las leyes, de la misma manera que con arreglo á esas disposiciones deben resolverse los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes peruanas y chilenas en las provincias de Tacna y Tarapacá;

3ª Que, establecido este antecedente, resulta completamente inoportuna la aplicación al caso actual de principios de Derecho Internacional Privado, que es el conjunto de reglas

según las cuales se juzgan los conflictos entre leyes civiles y criminales de diversos países que tienen ó pretenden tener ejercicio pleno de soberanía en los territorios en que esas leyes deben cumplirse ó aplicarse;

4ª Que esta misma consideración hace innecesario exigir al demandante que acredite la autenticidad del documento fundamental de su demanda, que fué autorizado por un notario boliviano, por medio de las visaciones usuales; porque aparece dando fe de su autenticidad un notario chileno que lo tiene en su archivo, junto con los demás del protocolo boliviano de Antofagasta y Caracoles;

5ª Que, en consecuencia, la cuestión que da materia á este fallo es de las denominadas transitorias y debe ser resuelta con arreglo á la citada Ley de Efecto Retroactivo y, sintetizándola á sus precisos términos, es la siguiente: un hijo reconocido como natural con arreglo á la ley antigua (la boliviana) ¿queda *ipso jure* legitimado por el matrimonio posterior de los padres efectuado con arreglo á la ley nueva (la chilena)?;

6ª Que los conceptos jurídicos de derechos adquiridos y espectativas de derecho, que son el fundamento filosófico de la recordada ley, aunque no definidos por el legislador, por estimar preferible dejarlos á la apreciación del magistrado, puede decirse, con el común sentir de los autores, que son, los primeros, los derechos definitivos que no pueden ser quitados á aquel que los posee y, los segundos, sólo una esperanza que puede desaparecer, un derecho aun no nacido;

7ª Que, no obstante esta falta de definición, la ley ha indicado con toda precisión un caso en que no hay derecho adquirido y es el consignado en el artículo 7º, que dice como sigue:

«Las meras expectativas no forman derecho.

«En consecuencia, la capacidad que una ley confiere á los hijos ilegítimos de poder ser legitimados por mero matrimonio de sus padres, no les da derecho á la legitimidad siempre que el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior que exiga *nuevos requisitos ó formalidades* para la adquisición de ese derecho, *á menos que al tiempo de celebrarlo se cumpla con ellos*»;

8ª Que debe observarse que la ley, que ha seguido de cerca al Código Civil, como que le ha venido á completar, emplea la frase hijo ilegítimo en el mismo sentido que la emplea el artículo 35 del Código, contraponiéndola á hijo legítimo; por consiguiente caben en ella los hijos propiamente ilegítimos, los naturales y los dañado ayuntamiento;

9ª Que conviene todavía, antes de entrar al fondo de la cuestión, recordar lo que dispone el artículo 2º de la ley, que dice así:

«Las leyes que establecieren para la adquisicion de un estado civil *condiciones* diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen á regir;

10. Que no hay duda que don Claudio Martínez Espinosa fué reconocido como natural por sus padres don Claudio Martínez Ramos y doña Jacoba Espinosa con arreglo á la ley antigua (art. 166 del Código Civil de Bolivia) y también no hay duda que los citados Martínez y la Espinosa contrageron matrimonio con arreglo á la nueva ley (la chilena); porque los documentos hacen plena fe de que aquel acto y este contrato se celebraron;

11. Que á primera vista estos hechos son bastantes para dar á Martínez Espinosa por hijo legitimado con arreglo á lo dispuesto en el artículo 207 del Código Civil; pero debe observarse que esta disposición legal dice «que el matrimonio de los padres legitima *ipso jure* á los que uno y otro hayan reconocido como naturales de ambos *con los requisitos legales*».

12. Que la frase final del artículo 207 indica con toda claridad que para ser legitimado *ipso jure* no le basta á un hijo haber sido reconocido como natural por sus padres, sino que este reconocimiento debió haberse hecho con los requisitos legales y si la ley nueva ha exigido nuevos requisitos, la legitimación no se produce, á menos que al tiempo de celebrarse el matrimonio se cumpla con ellos, tal como lo ordena el artículo 7º antes citado;

13. Que la nueva ley (la chilena) contempla el caso de que la legitimación no corresponda al hijo y exige, fuera de los casos de legiti-

nación *ipso jure*, como requisito indispensable que el instrumento publico de legitimación se notifique al hijo que se quiere legitimar y que éste, ya por sí, ya por medio de su representante legal, declare también por instrumento público si acepta ó repudia el reconocimiento (arts. 209, 210, 211 y 212 del Código Civil);

14. Que iguales requisitos ó formalidades exige la nueva ley cuando se trata del reconocimiento de hijos naturales; la mismo notificación del instrumento público de reconocimiento, la misma aceptación ó repudio, también por instrumento público (art. 273 del Código Civil);

15. Que fijados los propósitos que la nueva ley ha tenido para exigir nuevos requisitos ó formalidades para la adquisición del estado civil de hijo legítimo, se ve claro que este estado civil no puede adquirirse sin el cumplimiento previo de esos requisitos, que importan otras tantas condiciones impuestas por la nueva ley, que deben prevalecer sobre las de la antigua, como terminantemente lo ordena el artículo 2º ya citado;

16. Que la nueva ley (art. 207 del Código Civil de Chile) establece que el matrimonio de los padres legitima *ipso jure* á los hijos que uno y otro hayan reconocido como naturales *con los requisitos legales*, es decir, con la notificación y aceptación por instrumento público de que se ha hablado, y si estos requisitos no se han cumplido, la legitimación no se produce;

17. Que después de lo expuesto, se ve transparente el propósito del legislador chileno al no exigir nueva notificación y aceptación por instrumento público para legitimar por el matrimonio á los hijos reconocidos como naturales con los requisitos legales; supone el legislador que al hijo que ha aceptado con toda solemnidad el estado civil de hijo natural, le conviene el nuevo estado civil de hijo legítimo y, estimando redundantes otra notificación y aceptación, lo legitima *ipso jure*;

18. Que resumiendo la doctrina desarrollada en los considerandos anteriores, se llega á la conclusión de que la nueva ley reconoce como legitimados por el matrimonio posterior de los padres á los hijos reconocidos como naturales con los nuevos requisitos por ella exigidos, es decir, con notificación del reconocimiento y aceptación por instrumento público, y si éstos requisitos no se han cumplido, la legitimación no se produce;

19. Que lo expuesto no obsta para que don Claudio Martínez Espinosa tenga el estado civil de hijo natural y pueda gozar de las ventajas inherentes á este estado que adquirió bajo el imperio de la antigua ley (la boliviana); pero á pesar de esto no ha adquirido el estado civil de legítimo por no haber cumplido con los requisitos de la nueva ley;

20. Que no basta á destruir esta conclusión el hecho de haber Martínez Espinosa aceptado el reconocimiento por medio de escritura pública, porque, aparte de que en ese instrumento se hace referencia á una fecha distinta de la del verdadero reconocimiento, no hay constancia de que se haya verificado la notificación, requisito indispensable para la validez del acto, como lo revela el artículo 212 del Código Civil, que dice: "que la persona que acepta ó repudia deberá hacerlo por instrumento público dentro de los noventa días *subsiguientes á la notificación*", disposición que reproduce el artículo 273;

21. Que, en conclusión y por las razones expuestas, don Claudio Martínez Espinosa no ha acreditado haber adquirido el estado civil de hijo legítimo de don Claudio Martínez Ramos y de doña Jacoba Espinosa.

Tacna, 2 de agosto de 1906.—*E. Cisternas Peña.*

———

Corte de Concepción.—11 de noviembre de 1905

Santander con Burgos

Abandono de la instancia.—Efecto retroactivo

DOCTRINA:—*El plazo de tres años establecido por el Código de Procedimiento Civil para que pueda pedirse el aban-*

dono de la instancia no puede empezar á contarse desde antes del 1º de marzo de 1903, fecha en que entró en vigencia dicho Código, porque de otro modo se daría efecto retroactivo á sus disposiciones.

———

Concepción, 28 de septiembre de 1905.

Teniendo presente:

Que el artículo formulado por don Gregorio Burgos de abandono de la instancia, se funda en la disposición del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil vigente, que establece que la instancia se entiende abandonada cuando las partes que figuran en el juicio han cesado en su prosecución durante tres años consecutivos, contados desde la última providencia;

Que las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil sólo tienen fuerza legal desde que dicho Código comenzó á regir, en atención á que las leyes sólo pueden disponer para lo futuro y no tienen jamás efecto retroactivo;

Que el Código de Procedimiento Civil solo principió á regir desde el 1º de marzo de 1903 y desde esta fecha hasta el 7 de setiembre corriente, día en que se ha vuelto á gestionar en el juicio por la parte demandante, no ha trascurrido el plazo de tres años que la ley establece para declarar abandonada la instancia;

Que no obstante lo expuesto en los considerandos que preceden, que es la doctrina aceptada dentro de las disposiciones expresas de la ley, si se tomara como punto de partida para establecer que ha transcurrido el plazo de tres años en que se funda la incidencia formulada por el demandado, desde el 21 de de marzo de 1902 hasta el 7 de setiembre del año en curso, fecha la primera de la última providencia del espediente, y la última, día en que se continuó el procedimiento, no han trascurrido durante ese término los tres años, descontando los días feriados, que son por regla general ciento once en cada año.

Por estos fundamentos y visto lo dispuesto por los artículos 159 y 69 del Código de Procedimiento Civil y artículo 24 de la ley de 7 de octubre de 1861, se declara que se desecha, con costas, la incidencia formulada por don Gregorio Burgos.—*David Costa Pruneda.*

Apelada esta resolueión:

La Corte:

Se confirma la sentencia apelada de 28 de setiembre último, con costas del recurso.—*Julio Zenteno B.—Exequiel Figueroa Lagos.—J. Guillermo Mac-Kay.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Santiago.—16 de septiembre de 1905

Baltra con Vargas (sus herederos)

Testamento.—Muerte del notario autorizante y de los testigos.—Apertura del testamento cerrado.—Comparecencia del escribano y testigos.

DOCTRINA:—*La muerte del notario que autoriza un acto testamentario y de los testigos instrumentales, no hace perder su valor al testamento.*

Para proceder á la apertura de un testamento cerrado no es requisito indispensable la comparecencia personal del escribano y testigos instrumentales.

Las reglas dictadas por la ley para el caso de ausencia del escribano y testigos comprenden á todos los que no comparezcan ó no puedan comparecer al acto de apertura, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc.

Don José A. Baltra, por sí y después con los poderes de don Ventura Zarricueta, doña Luisa Zarricueta, doña Amelia, doña Delfina y doña Mercedes Venegas Díaz, doña Luisa Rosa Venegas de Jorquera, doña Emilia Díaz Vargas, don Pablo Silva, doña Ana María Baltra y don Joaquín E. León, demanda á don Onofre Vargas, á doña Antonia del Carmen Vargas, doña Rudecinda Vargas de Herrera y á doña María del Carmen Vargas de Alliende, domiciliados en este pueblo y sin haber indicado profesión ú oficio, y expone: que como sobrino carnal de don José Tomas Vargas del Villar, fallecido en este departamento el 11 de enero de 1899, es heredero *abintestato* en concurrencia con la sucesión natural del difunto, mediante el llamado de la ley.

Que las estrechas relaciones que con dicho

señor Vargas mantenía como pariente inmediato, hicieron que jamás le oyera decir que hubiese otorgado algún testamento, ni que pensara disponer de sus bienes.

Que es antecedente confirmatorio de lo anterior la donación de casa y otros bienes hecha por el señor Vargas á su hija natural doña Antonia del Carmen Vargas, el 16 de septiembre de 1895, por escritura otorgada ante el notario don Isaac E. Ortíz y Vera, á fin de subvenir al desamparo en que esa hija quedaría sin los medios necesarios para mantenerse después de la muerte del donante, cosa que el señor Baltra deduce del siguiente acápite del escrito en que el señor Vargas solicitó la insinuación de aquel acto.

"Sin embargo, estando ya avanzada mi edad y no teniendo descendientes legítimos, ni cónyuge, ni ascendientes, quiero asegurar el porvenir de mi citada hija, y como una muestra de gratitud quiero hacerle donación gratuita é irrevocable".

Que más tarde, el 10 de septiembre de 1896, amplió este acto de generosa complacencia, reconociendo á la indicada doña Antonia del Carmen, á don Onofre y á doña Rudecinda Vargas como sus hijos naturales, para asegurarles de este modo la porción hereditaria que debía corresponderles en virtud de este reconocimiento.

Que dos años más tarde murió el señor Vargas dejando asegurado el porvenir de los suyos con los dos actos referidos.

Que se sorprendieron los parientes legítimos y presuntos herederos *abintestato* de don Tomás Vargas, cuando llegó á sus oídos que los hijos naturales habían presentado un testamento cerrado que decían haber encontrado entre los papeles del difunto.

Que la inspección del documento le manifestó que la firma puesta en la carátula no era la que don Tomás Vargas solía usar, así como era menos obscura la tinta de las firmas de dos de los testigos instrumentales y que otras dos firmas aparecían puestas sobre el timbre del notario.

Que vió con estupor, después de abierto el testamento con numerosas diligencias de abono del notario y testigos que aparecían autorizándolo veintidós años atrás, que la firma del señor Vargas también era diversa de la acostumbrada y la de la carátula.

Que del mismo modo notó que el señor Vargas reconocía como sus hijos naturales á los mismos que veinte años más tarde reconoció por medio de la escritura citada, como igualmente notó la mejora que hacía á la misma hija á quien diezinueve años más tarde hizo una donación cuantiosa con el objeto de asegurar su subsistencia para después de los días del donante.

Que parece inexplicable el olvido del señor Vargas para proveer, en 1895, á la subsistencia de su hija Antonia del Cármen, que ya estaba ámpliamente satisfecha desde 1877, como asimismo reconocidos en esta fecha los hijos naturales así agraciados en 1896.

Que tales antecedentes hacen sospechoso el testamento y que la sospecha toma el carácter de certeza por la rara coincidencia de que el notario y los cinco testigos suscritores de la carátula del testamento habían fallecido, de manera que no existía ninguna persona que pudiera reconocer su firma y la del testador ni declarar si el testamento estaba cerrado, sellado ó marcado como en el acto de la entrega.

Que los interesados, pasando por sobre todas las disposiciones de la ley, dieron fuerza de testamento auténtico á un pliego cerrado, irregular, valiéndose de una numerosa información, á fin de acreditar que los testigos eran personas honorables y semejantes las firmas estampadas en la carátula con las que acostumbraban usar, olvidando con esto que un testamento cerrado no puede ser abierto sin que los testigos instrumentales presentes reconozcan sus propias firmas y la del testador y abonen la de los ausentes, bajo la nulidad del artículo 1026 del Código Civil.

Que pide al Juzgado que declare radical y absolutamente nulo ese testamento que se atribuye á don José Tomás Vargas, y abierto sin las formalidades exigidas por la ley, fundándose en los artículos 1023, 1025, 1026, 1682 y 1683 del Código Civil.

Que procede como sobrino carnal legítimo llamado por la ley á heredar *abintestato* al señor Vargas, en representación de su señora madre doña Mariana Vargas, hermana legíti-

ma del difunto, calidad que comprueba con los documentos acompañados.

Pide en definitiva, que el Juzgado resuelva la nulidad del testamento que se dice otorgado por don José Tomás Vargas el 9 de abril de 1877, ante el notario don José Isaac Ortíz, y que la herencia debe estimarse como intestada y dividirse entre las personas que, á falta de ascendientes, descendientes y cónyuge, son llamadas por la ley á sucederle.

El 5 de abril de 1899 el Juzgado proveyó traslado de la demanda á dichos demandados, quienes, evacuándolo, dicen: que el Juzgado niegue lugar á la demanda, con costas, y declare que el testamento en cuestión es válido y eficaz.

Que el análisis de la conclusión de la demanda, que trascribe textualmente, deja de manifiesto que no se niega que el testamento cuya nulidad se pide fuera otorgado con todas las formalidades requeridas por la ley.

Que el defecto observado y alegado está en las diligencias de apertura.

Que el reconocimiento de las firmas de los testigos instrumentales y la del testador y abono de los ausentes no ha podido hacerse porque todos los testigos instrumentales habían fallecido, pero fueron abonadas esas firmas por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, con cuyo mérito el juez abrió el testamento que el demandante, á pesar de esto, llama radical y absolutamente nulo.

Que así cree reproducir fielmente el razonamiento ó doctrina que se supone consagrada en la ley ó que se necesita sostener para dar apariencias al intento de arrebatar á los hijos de don José Tomás Vargas una parte de los bienes que fué su voluntad dejarles, en obedecimiento á la naturaleza y á la conciencia, de que no es lícito desentenderse.

Que don José Tomás Vargas fué acompañado durante su vida únicamente por los hijos que reconoce en su testamento, á quienes dió el ser, educó y mantuvo á su lado.

Que estos hijos acrecentaron y conservaron su fortuna.

Que estos hechos vinculan la paternidad de que no se puede prescindir, porque procede de actos propios y voluntarios, antepuestos á vínculos lejanos y relajados, que tienen por causa una voluntad y actos ajenos.

Que el sobrino que demanda como más próximo pariente pretende dejar sin efecto la voluntad de un padre, en su favor, inventando, buscando amparo ó aprovechando una teoría ó invenciones ajenas, ya condenadas por los Tribunales de Justicia.

Que las disposiciones legales citadas de contrario caen bajo el principio legal de que el acto válido en su origen no puede llegar á ser nulo por actos ó circunstancias estrañas á la voluntad del otorgante.

Que si la ley reconoce la facultad de testar, sería un lazo tejido por la ley misma si, además de haber observado las formalidades al tiempo de declarar su voluntad, se exigese contar con la buena fe de los hombres.

Que la ley exige determinadas solemnidades para el otorgamiento y, observadas y no alteradas, asegura al acto su eficacia después de la muerte.

Que según el demandante, esto no es cierto, porque basta el fallecimiento de todos los testigos instrumentales para que pierda el testamento su valor, no se abra, porque no existe quien reconozca las firmas y que, si permanece indefinidamente cerrado es un papel inútil y radical y absolutamente nulo, aunque lo abra el juez.

Que todo esto es un absurdo que no es posible sea doctrina legal.

Que la muerte del notario y de los testigos del testamento cerrado no está expresamente señalada en la ley como causal de nulidad, y además las diligencias que procedieron á la apertura no dejan duda en orden á su autenticidad y son las que autoriza el artículo 1025 del Código Civil.

Que el resumen de lo anterior, hecho en seis numerandos, prueba que el testamento hecho por don José Tomás Vargas no adolece de vicio alguno, que la posibilidad de falsificación ó suplantación del testamento que, como conjetura, avanza el demandante, es completamente inexacta, así como la sorpresa que le causó la presentación del testamento por los hijos.

Que tanto la donación de 16 de septiembre de 1895 como el reconocimiento de hijos na-

turales de 10 de septiembre de 1896, no dan el más leve asidero para la no existencia del testamento.

Tanto en la réplica de la demanda, como en la dúplica de la contestación, se explican ó refutan los mismos hechos ó apreciaciones ya reproducidos, insistiendo en las mismas peticiones de la demanda y contestación sin alterar sustancialmente la materia del pleito.

Se abrió un término probatorio de veinte días, pero las partes no hicieron uso de él.

Demandantes y demandados alegaron lo conveniente á sus derechos.

Citóse para sentencia.

El Juzgado de los Andes falló el 8 de julio de 1903:

Considerando:

1º Que el testamento cerrado es un documento mixto que participa del carácter de instrumento público, en su carátula, y de instrumento privado, en su contenido, según el contexto general de nuestra legislación y según las legislaciones más adelantadas del orbe;

2º Que aún suponiendo la observancia de las formalidades que dieron existencia legal al pliego cerrado, no se debe presumir de derecho que esa misma observancia abarque también igual existencia del pliego abierto, ó sea su contenido, por tratarse de dos hechos de índole diversa, que se ejecutan en tiempos diferentes, ante autoridades de otro orden y con solemnidades separadas y de especial procedimiento en los artículos 1023 y 1025, respectivamente, del Código Civil;

3º Que ni aún puede ser presunción de hecho la de existencia legal del contenido de un testamento cerrado, porque si bien parece natural que dentro de lo más, instrumento público, pueda caber lo menos, instrumento privado, esta teoría no tiene aplicación en la ley, que divide y señala los roles de uno y otro y hace, por lo tanto, que no sea legal la doctrina de que la apertura de un testamento, bien ó mal verificada, lleve consigo su ejecución, porque ambos hechos consultan efectos distintos; el primero de mero conocimiento ó publicidad, y el segundo de cumplimiento de las disposiciones, que pueden ser válidas, nulas ó reformables;

4º Que ante la ley, persistiendo aún la observancia cabal de las formalidades del otorgamiento del testamento cerrado, no vale decir que esto tiene de suyo una presunción de verdad á favor del contenido, que no es instrumento público sino después que se cumplan las formalidades del artículo 1025, porque tal presunción está en pugna con el artículo 1701 del Código Civil, que dice. "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad, y se mirarán como no ejecutados ó celebrados".

También está en pugna con el artículo 11 del Código Civil, que dice: "Cuando la ley declara nulo algún acto con el fin expreso ó tácito de precaver un fraude ó de proveer á algún objeto de conveniencia pública ó privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento ó contrario al fin de la ley";

5º Que así como un instrumento privado se transforma en instrumento y escritura pública desde que se autoriza por el competente funcionario y se incorpora en un protocolo ó registro público, con arreglo á la ley, así también el contenido del testamento cerrado se transforma en instrumento público cuando se ha probado la autenticidad de la carátula por medio de las solemnidades que prescribe el artículo 1025, conforme esto todavía á la común doctrina de autores ilustres como Gutiérrez, Bonnier, etc., etc., que estiman que la presencia de los testigos que se han llamado instrumentales por su concurrencia al acto, se justifica por el mismo medio;

6º Que los artículos 1023 y 1025 del Código Civil caracterizan, respectivamente, la existencia original del pliego cerrado y la existencia ejecutiva del pliego abierto, señalando, taxativa y separadamente, las reglas á que se han de subordinar ambas existencias;

7º Que no se tendrá por testamento cerrado el pliego en que no se hayan observado esencialmente las reglas del artículo 1023, ni se ejecutará ni abrirá sino después que se observen también esencialmente las reglas del artículo 1025, lo cual comprueba que el testamento contenido en el pliego cerrado, es un papel privado que ha menester para ejecutar-

se de la autorización de un juez ó competente funcionario, con las solemnidades que en el artículo 1025 se enumeran, las que llenadas, lo transforma en instrumento público;

8º Que siendo de dos clases el testamento solemne, abierto ó cerrado, son dos también los procedimientos especiales que los rigen, aún en el caso de transformarse en abierto el cerrado, porque el abierto propiamente tal, lo genera el testador, al par que el transformado en abierto lo genèra la ley, subrogando al testador en forma naturalmente más estricta, ya que aquí se trata de dar vida á un acto ajeno;

9º Que el pliego del testamento cerrado lo equipara en parte el artículo 1025 al pliego del testamento abierto del artículo 1020, otorgado ante cinco testigos sin escribano, porque ambos son instrumentos privados que han menester de las solemnidades en esos artículos contenidos, para elevarse á la categoría de instrumento público;

10. Que del mismo modo que la ley, artículo 1020, duda ó no quiere que se ejecute el testamento abierto otorgado ante cinco testigos, á pesar de ser esta la solemnidad exigida, sin que se ejercite la intervención judicial, asimismo la ley, artículo 1025, duda y manda no abrir ni ejecutar el testamento cerrado, mientras no intervenga el Juez en la forma ya expresada, resultando en este último caso más severo el procedimiento, por cuanto en el artículo 1020 se duda sólo de la fe de los testigos y en el artículo 1025 se duda, además, de la fe del notario, pero es que el legislador aplicó la equidad en ambos casos, ya que los cinco testigos del artículo 1020 conocieron esencialmente las disposiciones del testador, mientras que el notario y los cinco testigos del artículo 1025 esencialmente las han ignorado;

11. Que en el caso menos estricto ó sea el testamento abierto del artículo 1020, como último término supone la existencia de un número de testigos, pero no de ninguno, diciendo textualmente: "Si uno ó más de ellos no compareciere por ausencia ú otro impedimento"..... lo cual se corrobora continuadamente, agregando: "bastará que los testigos instrumentales presentes....." queriendo con esto decir que debe haber uno siquiera firmante de la carátula para que actúe como allí se indica;

12. Que para ilustrar mejor el criterio del juez, el inciso siguiente del mismo artículo 1020 faculta al juez, ya sea por el escaso número de testigos instrumentales, ya por lo desconocidos ó dudosos, etc., etc., para que puedan ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, lo cual no deroga ni mucho menos altera el inciso anterior, que establece, necesariamente, la existencia de un número de testigos instrumentales, ó mejor dicho, lo menos, el abono meramente facultativo, no puede derogar, ni aún tácitamente, lo más, que es un mandato legal;

13. Que para transformarse en abierto el testamento cerrado se deben aplicar las reglas de este artículo 1025, entre las que está el inciso 3º del artículo 1020 considerado anteriormente, ó sea refiriéndose al modo como allí se hace para abonar al notario y testigos, pero no al testador, porque el mismo artículo 1025 ha establecido que debe reconocerse su firma, lo cual comprueba que el abono es sólo coadyuvante del reconocimiento, si para este modo de ser aún no bastara lo que en la historia de la ley y en el lenguaje común significan las palabras reconocer y abonar, ó sea lo definitivo y provisorio, respectivamente, del caso;

14. Que siendo así, el espíritu y la letra de nuestra legislación exigen que haya testigos instrumentales presentes para que exista legalmente el testamento solemne, ya sea abierto propiamente tal, ó ya sea el cerrado transformado en abierto;

15. Que no hay para qué considerar si basta uno ó dos por lo menos de los testigos de la carátula ó instrumentales del testamento cerrado para que pueda ser abierto, porque ello no es la materia esencial de la demanda, puesto que se ha establecido que todos los testigos del testamento en cuestión estaban muertos en la fecha de la apertura iniciada días después de la muerte del testador;

16. Que son formalidades esenciales las que la ley establece para la existencia de los tes-

tamentos abiertos, cerrados y transformados en abiertos, de los artículos 1020, 1023 y 1025, respectivamente, del Código Civil, sancionados así por el artículo 1026 siguiente: "El testamento solemne abierto ó cerrado en que se omitiere cualquiera de las formalidades á que deba respectivamente sugetarse, según los artículos precedentes, no tendrá valor alguno". Por la colocación que el legislador dió á este artículo se ve que quiso abarcar con la misma sanción á todos esos testamentos y no separadamente á cada uno;

17. Que la misma sanción del artículo 1026 repite al final la existencia esencial de testigo, cuando tratando de omisiones que no implican nulidad, dice:..... "siempre que no haya duda de la identidad personal del testador, escribano ó testigos", porque si hay duda y ésta no se puede explicar, según el artículo 1025, es nulo el testamento cerrado;

18. Que, á mayor abundamiento, el artículo 1025 requiere constatar la autenticidad del testamento cerrado, observando la solemnidad de reconocer la firma del testador y declarando si el pliego está cerrado, sellado ó marcado como en el acto de la entrega, cosa que sólo pueden hacer los testigos instrumentales y no las personas fidedignas de un abono, en cuyo cometido del inciso final del artículo 1025 no se encuentran tales facultades, porque sería contrario á la naturaleza declarar sobre lo que no se ha visto;

19. Que la omisión del reconocimiento y declaración anterior no está entre las del inciso 2º del artículo 1026 que excusan la nulidad, porque de otro modo sería suplir con pruebas estrañas al instrumento mismo los requisitos internos de su existencia ó los esenciales del acto á que se refiere, careciendo así de objeto las leyes relativas á la probanza de los instrumentos públicos y á la nulidad de los actos ó contratos solemnes, conforme á los considerandos 4º y 5º;

20. Que, además, el dicho inciso final del artículo 1025, que dice relación con el 3º del 1023 ó todo él, si se quiere, no faculta el abono de la firma del escribano y testigos muertos, como se ha dicho en el testamento cuestionado, sino el abono de las firmas del escribano y testigos ausentes;

21. Que el adjetivo ausente, á más de denotar la calidad del sustantivo testigo, que implica la idea de persona ó vida que termina con la muerte, proviene del compuesto latino *abs*, fuera, y *ens*, ente, ó sea el que es ó existe fuera. Así se entiende también en el lenguaje común, que siempre supone vida en la ausencia, y en la ley; el inciso 3º del artículo 1020, citado, define á la ausencia por impedimento y no por muerte; en la Ley de Matrimonio Civil hay impedimentos impedientes y dirimentes, que no suponen muerto al incurso en ellos, el artículo 83 del Código Civil llama mera ausencia al desaparecimiento de diez ó cuatro años, y nadie se muere por tiempo más ó menos largo; ni aún en la ficción del párrafo IV, "De la muerte civil" cabe la palabra ausente, porque no sería lo mismo decir ausencia civil; también existe un "Defensor de ausentes", que no significa defensor de muertos, porque se defienden los derechos de que precisamente carecen los muertos porque dejaron de ser personas y pasaron á sus sucesiones; el artículo 145 del Código Civil vuelve á definir a la ausencia como impedimento y éste no considera viuda á la mujer casada, como ocurriría en el caso de muerte; la ausencia es, también, causal de divorcio, mientras que la muerte desata el vínculo; en las pruebas del estado civil, la muerte se prueba con un documento y éste no prueba la ausencia; el artículo 2508 del Código Civil dice que ausentes son los que residen en país extranjero, siendo *los* reproductivo de individuo ó persona que no puede ser un muerto que yace en un cementerio, pero no reside porque carece de ánimo de permanecer desde que dejó de ser persona, á lo cual puede agregarse, además, la vulgar diferencia entre país y cementerio; en este mismo artículo se define lo que significan presentes y ausentes, que son las ideas contrapuestas del artículo 1025; en nuestra legislación penal no se puede condenar á un muerto, pero sí á un ausente, reforzándose en éste de tal modo la idea de vida, que dispone que se oiga cuando se presente ó sea habido, y así otros casos largos de enumerar que se hallan en nuestra legislación, comprobando todos vida en la ausencia y como los artículos 12 274, 275, 432, 586, 588, 654, 655, 656, 668, 670, 900, 1000,

1022, 1038 y 1094 del Código de Procedimiento Civil;

22. Que si aún se estimase obscura la significación de testigos ausentes, el artículo 22 del Código Civil, dice: "Los pasajes osbcuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto", como acontece con las diversas citas del considerando anterior, que deben aplicársele;

23. Que de lo dicho se colije que nuestra lejislación sólo contiene un medio solemne para abrir y ejecutar un testamento cerrado, compuesto de dos partes, una de deber y la otra facultativa coadyuvante: reconocimientos de firmas y declaración practicados por testigos instrumentales, y abono por personas fidedignas de la firmas del notario y testigos ausentes, pero no muertos;

24. Que el procedimiento anterior trae su origen de la ley 4ª del Digesto Romano y después, de la ley 3ª, título 2º, Partida 6ª, que se invocan como precedentes históricos, en los cuales el abono era procedimiento provisorio, mientras volvían los abonados á reconocer cerrándose de nuevo el testamento después de aquel hecho de constatar si no había grave daño particular ó perjuicio á la causa pública;

25. Que mandado traer á la vista, de oficio, para mejor resolver, el expediente de apertura del testamento que se litiga, se opuso el demandado con el mérito de la copia, en la que se observa, además, que se omitieron, al otorgarse, todos los domicilios del testador y testigos, circunstancia necesaria para caracterizar el testamento según el artículo 1012 y también, saber si eran extranjeros, ó delincuentes, ó mayores de dieziocho años, si dos, á lo menos, estaban domiciliados en el departamento;

26. Que el inciso 2º del artículo 1026 excusa la nulidad del testamento en que se omitiere una ó más de las designaciones del inciso 5º del artículo 1023, pero no todas, como ocurre en el caso anterior de los domicilios, conforme esto al espíritu que domina en la ley: la regulación estricta de los actos testamentarios y no el sentido acomodaticio;

27. Que el testamento, con el notario y los cinco testigos muertos, que se impugna, carece así de las condiciones legales para su ejecución y queda reducido á una circunstancia extraordinaria de que ningún juez ó particular puede prevalerse, según el artículo 151 de la Constitución, que dice: "Ninguna magistratura, ninguna persona..... puede atribuirse, ni aún á pretesto de circuntancias extraordinarias, otra autoridad ó derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención á este artículo es nulo";

28. Que los artículos 1682 y 1683 del Código Civil califican dicha nulidad é imponen de oficio su declaración;

29. Que, por fin, no vale argüir que no esté en la ley, señalada expresamente, la muerte del notario y testigos como causal de nulidad del testamento cerrado, cuando está dentro de la regla general del artículo 980, en que la ley se subroga al testador, cuando no testa, cuando no lo hace conforme á derecho, ó cuando no han tenido efecto sus disposiciones, excepciones que no están entre las que escusan la nulidad en el artículo 1026.

Con arreglo á los artículos 980, 1020, 1023, 1025, 1026, 1701, 1682, 1683, 11 y 22 del Código Civil y consideraciones que preceden y artículos 167, 169, 192 y 193 del Código de Procedimiento Civil, dispongo: ha lugar á la demanda, con declaración de que la herencia intestada se dividirá con arreglo á derecho.—*Pedro Velasco R.*

Apelada esta resolución.

La Corte:

Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada de 8 de julio de 1903, y considerando:

1º Que las diligencias de que dan testimonio las compulsas acreditan que se presentó ante el juez de letras de Los Andes un testamento cerrado que se había otorgado en Santiago por don José Tomás Vargas, ante el notario don José Isaac Ortiz, con fecha 9 de abril de 1877, con todas las formalidades y requisitos legales; y que, á consecuencia de haber fallecido el notario y todos los testigos instrumentales, se procedió á su apertura y protocolización después de haberse prestado por el

notario que el juez eligió, en reemplazo del que concurriera al otorgamiento, el reconocimiento de firma y declaración que prescribe el inciso 2º del artículo 1025 del Código Civil, y de haberse abonado la firma de los testigos y del testador y practicádose otras diligencias encaminadas á establecer la identidad é integridad del pliego testamentario;

2º Que la resolución judicial que declaró que debe tenerse por testamento de don José Tomás Vargas la memoria testamentaria inserta en las compulsas citadas, debe considerarse firme y surtir todos sus efectos legales, á menos que se acredite su falsedad ó que se expidió faltando algún trámite, requisito ó formalidad esencial para la validez del acto;

3º Que, atendidas las peticiones de la demanda, la cuestión única que cabe resolver en en el caso presente es la de averiguar si la comparecencia á las diligencias de apertura del testamento cerrado, para que presten el reconocimiento de firmas y declaraciones que prescribe el artículo 1025 citado, del notario y testigos instrumentales, es un requisito ó formalidad esencial para la validez del acto judicial de apertura de tal testamento, en términos que deba considerarse nulo dicho acto por la sola circunstancia de haber muerto el escribano y todos los testigos antes de las diligencias que preceden á ese acto, y la imposibilidad consiguiente de que prestaran la declaración y reconocimientos aludidos;

4º Que las formalidades ó solemnidades exigidas por la ley para la validez y ejecución de ciertos actos jurídicos, son de derecho estricto y no pueden ampliarse ó extenderse á más de lo que expresa el texto de la ley; y por lo tanto, la solución acerca de la nulidad pedida en la demanda solo puede buscarse en el texto del artículo 1025 citado del Código Civil;

5º Que dicho artículo no exige como requisito indispensable para que el juez pueda proceder á la apertura, la comparecencia personal del escribano y testigos instrumentales del testamento cerrado, y á la inversa, colocándose en el caso que no comparezcan, señala el procedimiento que debe observarse é indica la manera como debe reemplazarse la falta de sus declaraciones, remitiéndose al testimonio y abono de la firma de los ausentes por el notario y testigos que hayan comparecido; á la declaración del notario que el juez elija en reemplazo del que autorizó el testamento y á declaraciones juradas por personas fidedignas;

6º Que de los términos del inciso 3º del artículo 1025 citado, se desprende que lo que la ley ha querido es establecer medios propios de comprobación para justificar la autenticidad é integridad del pliego testamentario: siendo inadmisible el concepto de que cuando se habla de ausentes, no se comprende á los testigos y al notario que no ha concurrido al acto por haber fallecido, ó por imposibilidad física y moral para prestar declaración, ya que el artículo citado se pone en el caso de esa falta de concurrencia y señala los medios de subsanarla, disponiendo que debe tenerse como bastante;

7º Que concurre á robustecer esta inteligencia de la ley el hecho de que la palabra *ausentes*, empleada en el caso propuesto, está contrapuesta á la palabra *presentes* de que allí mismo se hace uso, comprendiendo aquella á todos los que no comparezcan ó no puedan comparecer, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc., ya que lo contrario nos conduciría á hacer caducar el testamento, tanto en el caso de haber fallecido todos, como uno solo de sus testigos, en razón de que, no pudiendo en ese concepto abonarse la firma de este testigo único, resultaría ineficaz el acto testamentario, en virtud de que para serlo no se contaría con el número que de aquellos la ley exije, lo que se opone manifiestamente al espíritu de la misma ley que prefiere, tratando de consultar la voluntad del testador, el sentido en que ella produzca efecto á aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno;

8º Que el último inciso del mismo artículo 1025 preceptúa que en caso necesario, y siempre que el juez lo estime conveniente, podrán ser abonadas las firmas del escribano y testigos ausentes, como en el caso del inciso 3º del artículo 1020, esto es, por declaraciones juradas de otras personas fidedignas, disposición que se pone en el caso de que puedan faltar el escribano y todos los testigos, ó que en concepto del juez no sean satisfactorias las

declaraciones del escribano y testigos presentes, y que excluye toda idea de hacer de la presencia del escribano y de los testigos, ó á lo menos, de una parte de estos, un requisito esencial de que dependa la validez del testamento cerrado;

9º Que la doctrina que se establece en los anteriores considerandos es la única que cuadra con el texto y espíritu del artículo 1212 del Código citado, según el cual el testamento otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador, á menos que sea privilegiado y se produzca su caducidad en los casos que la ley refiere, lo cual se opone á toda idea de que el testamento otorgado con todas las solemnidades legales pueda invalidarse por causa extraña al testador, que no sea la imposibilidad de acreditar su autenticidad ó la de la memoria encerrada dentro del pliego que entrega al notario á presencia de los testigos;

10. Que, en consecuencia, establecida por la resolución judicial que aparece de las compulsas, la integridad y autenticidad del pliego testamentario con antecedentes bastantes, no procede la impugnación de nulidad que se formula en la demanda, fundada sólo en el hecho de haber fallecido el notario y todos los testigos antes que el testador y de que no hayan por esta causa comparecido á las diligencias de apertura, ya que no sólo no ha establecido la ley la nulidad por esa circunstancia, sino que se opone á su admisibilidad el precepto del artículo 1212 antes citado;

11. Que corrobora lo expuesto la presunción, que es de todas las legislaciones que conceden la facultad de testar, de que debe mirarse como la voluntad suprema del testador al tiempo de su fallecimiento el testamento que hubiese otorgado en cualquier tiempo y que no hubiere revocado después, presunción que se halla expresamente consignada en los artículos 1005 y 1006 de nuestro Código, donde, inmediatamente después de enumerarse las varias causas que inhabilitan para testar, de las cuales es una el estar privado de juicio, se establece por punto general que el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de estas causas de inhabilidad es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa; y á la inversa, que el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de ellas, lo que patentiza la armonía que existe entre los artículos 1006 y 1212 citados. Si las inhabilidades legales para testar no invalidan el testamento cuando sobreviene después de otorgado, tanto menos debe influir para invalidarlo la falta de alguno de los elementos para acreditar su autenticidad é integridad, falta reproducida después del otorgamiento, si se observa además que la ley misma señala el medio de subsanarla;

12. Que concurre también, en el caso de la cuestión, á dar á la ley la inteligencia y alcance anteriores, la regla establecida en el artículo 24 y otras disposiciones del citado Código, por cuanto ellas se avienen con el espíritu general de nuestra legislación y la equidad natural, ya que la misma ley quiere que el testamento que ha sido debidamente otorgado surta todos sus efectos después de la muerte del testador, y sería un absurdo que perdiera en esas condiciones su validez primitiva por causa que el testador no hubiera podido prever al tiempo de otorgarlo, ni evitar mas tarde; y

13. Que, en consecuencia, atendido el mérito de las diligencias de que dan constancia las compulsas, ellas satisfacen las exigencias del artículo 1025 del Código Civil, y el juez que en ellas intervino procedió correctamente al abrir el pliego cerrado que contenía la memoria testamentaria de don José Tomás Vargas, y al declarar testamento de éste dicha memoria.

Visto también lo dispuesto en los artículos 167 del Código de Procedimiento Civil y 22 del Código Civil, se revoca la referida sentencia y se declara sin lugar la demanda.

Redactada por el señor Ministro Rojas.—*E. Donoso V.—E. Castillo.—J. Agustín Rojas.—José T. Marín.*

———

Corte de Talca, 26 de diciembre de 1906

Fuentes con Riquelme

Mercedes de aguas.—Obras aparentes. —Posesión.—Título preferente

DOCTRINA:—*Habiéndose concedido en diferentes fechas á dos personas mercedes de aguas en el mismo estero, debe ser preferida la que primero entró en posesión ejecutando obras aparentes para el uso de las aguas, aunque su merced sea de fecha posterior.*

Doña Sinforosa Fuentes, viuda de Pino, agricultora, expone que posee el fundo Santa Filomena de sesenta cuadras de extensión, ubicado en la subdelegación de Boyen de este departamento, y que limita: al Norte, con el estero Lluanco; al Oriente, con Araneda y otros; al Sur, con terrenos de Silva y Reyes; y al Poniente, con doña Carmen Pino.

Que ese fundo se riega desde hace más de cinco años con las aguas del estero Los Canelos por un canal propio cuya boca-toma está en el mismo fundo.

Que con esas aguas da también movimiento á un molino que tiene en su fundo, pero son tan escasas que en épocas de riego no alcanzan á surtir su canal con los seis regadores de que tiene merced.

Que la posesión que ha tenido de las aguas ha sido tranquila y no interrumpida, pero en septiembre de 1903 (año en que entabló su demanda), don Ramón Riquelme ha empezado á construir un canal para recoger las aguas y aplicarlas al riego de su fundo Lluanco, situado más abajo que el fundo de la demandante.

Que ese canal está casi concluido y tiene su terminación en la ribera Sur del estero, en terreno de don Juan Francisco Pino, más arriba que la boca-toma del canal de la demandante.

Que teniendo en vista el escaso caudal de las aguas del estero, es claro que si el señor Riquelme pretende regar con ellas su fundo, dejará en seco su propiedad.

Que demanda al señor Riquelme para que se declare que ella tiene derecho preferente al uso y goce de las aguas del estero, y en consecuencia, que aquel no puede hacer uso de las aguas sino después que ella haya surtido su canal, para lo cual deberá colocar su boca-toma más abajo, y en subsidio (si no se acepta el cambio de la boca-toma) que se declare que el señor Riquelme debe dejar pasar en todo tiempo por lo menos seis regadores de agua para su canal, para lo cual hará las obras que el Juzgado, oyendo el dictamen de un perito, estime necesario.

Don Ramón Riquelme, agricultor, contestando la demanda, expone: que no son exactos los hechos expuestos por la demandante, que tiene desde 1897 un canal de diez regadores de agua que extrae del estero denominado Calabocillo, y desde 1896 otro canal de otros diez regadores que extrae del estero Larque.

Que las aguas de ambos canales las hace caer al estero de Los Canelos para sacarlas casi en el mismo punto y en la misma dirección del canal del Calabocillo y conducirlas á su fundo Lluanco.

Que también es dueño por merced de seis regadores de agua del estero de Los Canelos para regar su mismo fundo, merced que le fué concedida el año 1896, es decir, como año nueve meses antes que la merced en que la señora Fuentes funda su demanda.

Que todas esas aguas eran las que debían sacar por el canal cuya terminación le ha impedido la demandante; que á ésta en nada la perjudica, pues sacando el agua á que tiene derecho, siempre quedan en el estero dieciseis regadores de agua.

Que el trabajo de su canal lo denunció por nuevo la señora Fuentes y su demanda fué desechada; que después del fallo y creyendo mejorar su causa hizo construir, en el mes de diciembre de 1903, un molino de ínfima clase, y ensanchó el canal en el mes de enero siguiente, con el objeto de sacar mayor cantidad de agua que la á que tiene derecho.

Que con la suspensión de la obra solicitada por la demandante, se le ha privado del agua á que tiene derecho, dando por resultado que

le han secado en su totalidad los pastos y s chacras.

Que por estos perjuicios hace cargos por 800 por cuya cantidad la reconviene, y pide acepte su reconvención y se declare sin lu- ar la demanda.

Replicando la señora Fuentes dice que el se- or Riquelme no ha estado en posesión y go- de las aguas de los esteros Calabocillo, arque y Canelos, de un modo tranquilo y no terrumpido y con anterioridad al goce que la tiene.

Que no ha gozado de las aguas del estero alabocillo porque (como él mismo lo ha con- sado) esas aguas desaparecen en las épocas riego, secándose el cauce antes de llegar á l fundo.

Que tampoco ha gozado de las aguas del tero de Larque porque corresponden de pre- rencia á don Juan Manuel Salvo, que lo aca- a de vencer en un juicio ante el segundo juz- ado.

Y que no ha gozado aún el agua del estero os Canelos porque su canal está inconcluso.

En rebeldía del demandado que no duplicó, dictó el auto de prúeba, rindiéndose por mbas partes la prueba testimonial de que an cuenta las actas.

Fueron tachados por el demandado los tes- gos don Tomás y don David Stranje y por l demandante el testigo don Eusebio Durán.

Se recibió el incidente á prueba y no se rin- ió ninguna.

El secretario del Juzgado practicó las dili- encias de que da cuenta el certificado, y el rito señor Ismael Sandoval presentó el in- orme.

Alegaron las partes y se citó para sentencia.

El Juzgado de Chillán falló el 30 de noviem- re de 1904.

Considerando:

1º Que según consta de las diligencias, don amón Riquelme obtuvo merced de seis rega- ores de agua del estero Los Canelos, para el iego de su terreno situado en Lluanco, el 2 e noviembre de 1896;

2º Que según se expone en la sentencia com- ulsada, doña Sinforosa Fuentes obtuvo tam- ién merced de seis regadores de agua del nismo estero el 15 de agosto de 1898;

3º Que aparece comprobado en autos, con la prueba rendida por ambas partes, que la señora Fuentes usa el agua del estero Los Canelos desde cinco años antes de su demanda;

4º Que también aparece comprobado que el señor Riquelme no ha concluido aún su canal, ni ha regado su propiedad con el agua de ese estero:

5º Que según lo expuesto en los considerandos anteriores, ambas partes han obtenido merced de seis regadores de las aguas del estero de Los Canelos, siendo más antigua la merced del señor Riquelme y habiendo hecho uso del agua desde hace cinco años la señora Fuentes;

6º Que este uso no basta para dar preferencia á la señora Fuentes para el uso de las aguas del estero sobre los derechos del señor Riquelme, que también tiene merced de las aguas del mismo estero;

7º Que la señora Fuentes había seguido antes otro juicio con el señor Riquelme sobre las mismas aguas, como consta de la sentencia compulsada, y no podía ignorar por esto que el señor Riquelme tenía merced de agua del estero de Los Canelos anterior á la de ella;

8º Que en consecuencia no ha tenido derecho para paralizarle el trabajo de su canal y debiera responder de los perjuicios causados;

9º Que la reconvención sobre perjuicios es vaga por cuanto se reduce á cobrar $ 800 por perjuicios ocasionados por la falta de agua, lo que fué causa de que se secaran los pastos y una chacra, pero no se expresa su extensión, clase, ni estado, y aunque el señor Riquelme dice que la chacra se secó en su totalidad, su testigo Eusebio Durán expone, no que la chacra del señor Riquelme se haya secado, sino sólo que no se dió buena por falta de agua;

10. Que tres de los testigos del señor Riquelme exponen que no saben avaluar los perjuicios, uno los estima en $ 200 y otro en $ 500, pero éstos no dan razón de su dicho, de modo que no puede el Juzgado formar juicio sobre el monto de los perjuicios que se cobran;

11. Que no influyendo en el fallo las declaraciones de los testigos tachados en esta causa es inútil pronunciarse sobre ese incidente.

En conformidad á lo dispuesto en los ar-

tículos 595, 598, 603 del Código Civil, 196, 151 y 330 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar la demanda sobre preferencia y la reconvención. No se condena en las costas á las partes por haberse desechado las peticiones de ambos. —*A. Maldonado.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: reproduciendo la sentencia de primera instancia, eliminando el considerando 6º y teniendo presente en lugar de éste:

1º Que la ordenanza sobre mercedes de agua de 3 de enero de 1872 en su artículo 1º reconoce la posesión como título para el uso de las aguas de esteros que son bienes nacionales de uso público;

2º Que, asimismo el artículo 944 del Código Civil establece la preferencia para el uso de las aguas de aquél que ha construido obras aparentes con ese objeto;

3º Que todo esto manifiesta la tendencia de la legislación á favorecer al primero que usó las aguas, lo cual es también lo más ajustado á la equidad; y

4º Que la demandante tiene construido un canal para el uso de las aguas del estero Los Canelos desde cinco años antes de la demanda, sin que hasta ahora el demandado haya ejecutado obras aparentes para la extracción de las que se le concedieron en el mismo estero.

A virtud además de las disposiciones legales citadas en esta sentencia, se declara: que ha lugar á la demanda en cuanto por ella se pide "se declare que el señor Riquelme está obligado á dejar pasar en todo tiempo, principalmente en épocas de riego" el agua que necesita el canal de la señora Fuentes, no exediendo de seis regadores.

Se revoca la sentencia apelada de 30 de noviembre de 1904, en lo contrario á ésta y se confirma en lo demás:

Redactada por el señor Ministro Barros Merino.—*José A. Barros M.—T. Urrutia.—H. Alvarez.*

La sentencia dictada por la primera sala de la Corte de Apelaciones de Talca contiene una doctrina manifiestamente errónea y contraria al espíritu de nuestra legislacion.

Las razones en que se apoya son de diversa índole y no creemos ser exagerados al afirmar que ellas hacen juego contra su parte resolutiva.

En efecto, el artículo primero de la Ordenanza de 3 de Enero de 1872 dice así: "Cuando sobrevenga escasez de aguas en los ríos que dividen departamentos ó provincias, de manera que sea necesario para el buen arreglo someterlas á turno, se procederá á hacer la distribución de sus aguas entre los canales de una y otra ribera, haciéndose el repartimiento de la manera más equitativa posible y en proporción á la cantidad de agua que haya llevado cada canal. Tendrán parte en esta distribución todos aquellos canales que tengan *título ó merced concedido por autoridad competente*, aquellos cuyos derechos hubiesen sido declarados por los Tribunales de Justicia, ó se encontrasen reconocidos sin contradicción y los que tengan en su favor el título de la posesión, todo con las limitaciones que se indicarán más adelante."

Como se ve, el propio artículo citado por la sentencia que comentamos consagra el derecho del concesoniario para usar de las aguas objeto de la merced, sin que imponga condición de ningún género ni establezca un plazo dentro del cual pueda caducar la concesión,

Observaremos aquí que la Ordenanza del 72 fué dictada solamente para reglamentar la distribución de las aguas de los ríos que dividen provincias ó departamentos, y mal pudo aplicarse al presente caso, á no ser por razones de mera analogía, la disposición contenida en su artículo primero, ya que en este juicio se trata de la merced concedida al deman-

lado sobre seis regadores de agua en el stero de Los Canelos.

Aún más, la expresada Ordenanza tie- e por objeto determinado la forma en ue deben distribuirse las aguas en épo- as de escasez, y la razón que se tuvo en ista para dictarla fué que no era equi- ativo dar á los primeros concesionarios dueños del canal, cuando sobrevenía scasez, la misma cantidad de agua que n épocas de abundancia.

El espíritu que animó al autor de a Ordenanza citada no pudo ser otro ue el de nivelar en todo tiempo el dere- ho de los canalistas, procurando que a disminución del agua afectare por gual á todos ellos.

No obstante la sentencia revocatoria ordena que el demandado "deje pasar en todo tiempo, principalmente en épocas de riego", los seis regadores que la demandante adquirió por concesión de la Municipalidad respectiva, contrariando así el espíritu de la disposición en que se funda dicha sentencia.

Pero, prescindiendo aún de que el artículo aludido reconoce el derecho del concesionario de una merced de agua, no es posible darle á ese precepto un alcance que no está en armonía con el sistema de nuestra legislación; porque si es verdad que la Ordenanza tantas veces citada establece que la posesión es un título para el uso de las aguas que corren por los ríos que dividen provincias ó departamentos, no es menos cierto también que esa posesión debe tener los caracteres de seriedad, permanencia y duración que la ley exige para que se produzca el modo de adquirir llamado prescripción.

La sola y mera posesión, cuando ésta no dura el tiempo necesario para prescribir, no confiere al poseedor ningún derecho real, y la disposición citada no puede tener el carácter absoluto que parece atribuirle la sentencia.

Fácilmente se comprende el caso de dos individuos que piden merced de agua en un estero ó río, peticiones que hacen con dos ó tres meses de diferencia solamente. El primer concesionario, ya sea por falta de recursos ó por no ser época de riego, se deja estar y no construye en el acto el acueducto por donde debe llevar sus aguas, trabajo que ejecuta tan pronto como cesan los inconvenientes apuntados.

Pues bien, ¿sería posible otorgar preferencia al segundo concesionario sobre el primero por las circunstancias de haber hecho aquel, inmediatamente después de conseguida la merced, las obras aparentes para recojer sus aguas y regar con ellas pocos días antes que éste? Nos parece evidente la negativa.

Otro de los fundamentos en que descansa la sentencia que comentamos es el artículo 944 del Código Civil, que dice como sigue: "El que quisiera construir un ingenio ó molino, ó una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van á otras heredades ó á otro ingenio, molino ó establecimiento industrial, y que no corren por un cauce artificial construido á expensa ajena, podrá hacerlo en su propio suelo ó en suelo ajeno con permiso del dueño; con tal que no tuerza ó menoscabe las aguas en perjuicio de aquellos que ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de dichas aguas, ó que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas."

En el considerando segundo de la sentencia se afirma que el artículo trascrito establece la preferencia para el uso de

las aguas de aquel que ha construido obras aparentes con ese objeto".

La verdad es que el artículo citado no dice lo que el fallo revocatorio lo hace decir, y por el contrario, la disposición contenida en él, antes de ser un fundamento sólido para la sentencia, es el mejor argumento que puede invocarse en apoyo de la doctrina sustentada por el juez de Chillán señor Maldonado, la que aceptamos en todas sus partes.

En primer lugar, el artículo 944 del Código Civil, contempla una situación absolutamente diversa de la presente: allí se trata de la facultad concedida al que desea construir un ingenio ó molino para que *aproveche industrialmente* las aguas de uso público, siempre que con ello no menoscabe el derecho de los que han levantado obras aparentes con el objeto de utilizarlas en beneficio propio ó *de los que las han adquirido de cualquier otro modo;* al paso que la sentencia de la Corte de Talca establece *el dominio preferente del concesionario que ha hecho las obras de que se ha hablado, aún cuando éste no haya sido el primero en obtener la concesión.*

Lo que se nota en primer término al leer el artículo transcrito, es la limitación que preceptúa la ley para el aprovechamiento de las aguas de uso público; y ello no pudo ser de otra manera, por que el autor de nuestro Código, consecuente con la tendencia en que se inspiró al redactarlo, no podía consignar una disposición que fuera expoliatoria de los derechos legítimamente adquiridos ó de las situaciones de hecho; y de aquí es que, animado del propósito de fomentar las industrias, estableciera el artículo 944, que autoriza el aprovechamiento de las aguas de uso público con fines exclusivamente industriales y sin perjuicio de las limitaciones indicadas anteriormente, entre las cuales está la de *respetar al que ha adquirido de cualquier modo el derecho de usar de ellas.*

No tememos ser contradichos al afirmar que no existe disposición alguna en nuestra legislación que establezca en forma clara la preferencia reconocida por la sentencia, ni que ordene la caducidad de una concesión por no haberse hecho las obras aparentes para aprovechar el agua objeto de ella, y consideramos que habría manifiesta conveniencia, como lo expresa don Fortunato Venegas en su obra *Legislación chilena sobre aguas de regadío*, en fijar un plazo dentro del cual el concesionario debiera construir un canal conductor, so pena de hacer caducar la concesión.

Esta idea se contiene también en el Proyecto de Código Rural de don José Victorino Lastarria.

NICOLÁS NOVOA N.

———

Corte de Concepción.—21 de diciembre de 1905

Venegas con Pastor

Quiebra.—Fallido.—Desasimiento.—Bienes no embargables

DOCTRINA:—*Desde la hora en que se pronuncie la declaración de quiebra el fallido queda inhibido de derecho de la administración de sus bienes; pero conserva el dominio de ellos y la administración de los no embargables.*

Por consiguiente, es procedente la ac

ción para que se le restituya el fundo donado á él y á su mujer con la expresión de no embargable, habiéndose hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente.

Don Pedro Muñoz Venegas, declarado en quiebra comercial, dice: que se ha inventariado y puesto á disposición del síndico el fundo La Palma, ubicado en la subdelegación Huarilihue y del cual es dueño en común con su esposa, según escritura de donación que corre en el expediente de quiebra.

Que en el inventario se incluyó el suelo, árboles, plantas, animales de cultivo y beneficio del fundo, maquinarias, enseres, frutos y todo lo que á él le pertenecía.

Que conforme á la donación expresada y á lo dispuesto en el artículo 1618, número 10, del Código Civil y 466, número 16, del de Procedimiento, no ha podido embargarse nada de la mitad que á él corresponde.

Que sus acreedores pretenden que sólo deben respetar el suelo desnudo del fundo nombrado; pero que esto pugna con la donación antedicha y con lo prescrito en los artículos 568 y siguientes del Código Civil, según los cuales todo lo embargado forma parte del mismo fundo, lo cual se aplica también á los frutos pendientes; y se ha embargado también lo que según el artículo 466, número 12, es inembargable.

Fundado en lo expuesto y con arreglo al artículo 540 del Procedimiento vigente, interpone tercería respecto de la mitad del fundo La Palma, para que se declare que no es embargable y se le restituyan, junto con su administración, los animales de labor y materiales de cultivo hasta la suma de $ 400 á elección suya, con costas.

Don Enrique S. Pastor, síndico de la quiebra del señor Muñoz Venegas, contestando la demanda de tercería, pide que se la rechace con costas y agrega: que reproduce aquí lo que ha expresado en el expediente de quiebra.

Que él en su carácter de síndico no ha deducido ningún juicio ni acción ejecutiva en contra del fallido ni de su esposa, por consiguiente no ha habido embargo de bienes y por esa misma razón no es procedente ni aceptable la tercería que se ha deducido.

Que lo que se ha pedido y concedido es la entrega de los bienes semoventes del fallido para que ingresen en la masa común de los acreedores de la quiebra y percibir los usufructos de los bienes que pertenecen á la esposa del fallido, doña Matilde Vera.

Que en cuanto á que los bienes enumerados en la tercería no sean embargables por contratos ó combinaciones entre el fallido y su esposa, será éste un punto de derecho que se resolverá; pero sostiene siempre que no habiendo embargo ni juicio ejecutivo no puede proceder la tercería de dominio.

Que respecto á que se le reserven los bienes que el artículo 466, número 12, del Procedimiento vigente son embargables, tampoco debe aceptarse esto, porque el demandante fué declarado en quiebra en su calidad de comerciante y no como agricultor y las pensiones alimenticias á que pueda tener derecho se reglan por las prescripciones legales del concurso.

El Juzgado por decreto ejecutoriado declaró que no habiendo necesidad de recibir esta causa á prueba por tratarse de una cuestión de derecho, se citará para sentencia.

El Juzgado de Tomé falló el 26 de octubre de 1905:

Considerando:

1º Que consta de los autos respectivos que don Pedro Muñoz Venegas, por resolución ejecutoriada de este Juzgado, fué declarado en quiebra en su carácter de comerciante;

2º. Que formándose concurso con esta declaración se produce para el fallido y sus acreedores un estado indivisible en el cual deben comprenderse todos los bienes y obligaciones del fallido;

3º Que declarado el concurso se acumularán á él todas las causas ordinarias y ejecutivas pendientes contra el fallido y quedarán desde entonces sin valor alguno los embargos y medidas precautorias decretadas en dichos juicios;

4º Que comprendiendo el concurso todos los bienes del fallido, cualquiera que sea su calidad, deben estos ser entregados al síndico,

como representante de los acreedores, para que los administre conforme á la ley;

5º Que siendo la quiebra un juicio enteramente diverso del ejecutivo propiamente tal, no proceden en aquél las tercerías, las que en éste han sido establecidas por la ley en beneficio de una persona distinta del ejecutante y del ejecutado, cuando se han embargado á éste bienes que no le pertenecen;

6º Que en el presente caso no se han embargado á don Pedro Muñoz Venegas la parte que le corresponde en el fundo La Palma ni los accesorios á que se refiere su demanda de tercería, sino que debiendo comprenderse estos bienes en el concurso se han mandado entregar al síndico para su administración.

En mérito de estas consideraciones y de lo dispuesto en el artículo 539, número 1º, 542, 573, 574, 580, 588, números 1º y 4º, 607 número 2º y 151 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar, con costas, á la demanda de tercería.

Se reservan al demandante los derechos que pueda tener contra la masa concursada para que los haga valer en la forma que viere convenirle.

Don Pedro Muñoz Venegas es actualmente agricultor y tiene su domicilio en este puerto; y don Enrique S. Pastor es comerciante y tiene su domicilio en la calle de Ignacio Serrano de esta ciudad.—*Cárlos A. Campos.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Aceptando la parte expositiva y el primer considerando de la sentencia de primera instancia; y

Teniendo además presente:

1º Que aún cuando el demandante ha dado el nombre de tercería de dominio á la acción que ejercita en este juicio, la verdad es que no se persigue en él reconocimiento de un dominio que no ha sido negado ni puesto en duda, sino la entrega de una parte de los bienes del fallido por no ser embargables, como se deduce del contexto del escrito, principalmente de su parte petitoria que dice así: "En mérito de lo expuesto y con arreglo al artículo 540 del mismo Código de Procedimiento Civil, pongo tercería respecto á la mitad de que soy dueño en el fundo mencionado, para que se declare que no es embargable y se me restituya su administración y especialmente los aperos, animales de labor y material de cultivo hasta la suma de $ 400 y á mi elección";

2º Que según aparece de la escritura pública, el fundo La Palma fué donado al demandante y su mujer con la expresión no embargable; y se hizo constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente, por lo cual es un bien que no puede ser embargado legalmente; y

3º Que si bien es cierto que la ley ha prescrito como regla general que desde la hora en que se pronuncie la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de derecho de la administración de todos sus bienes, la que pasa á manos de los síndicos, también lo es que la misma ley ha establecido expresamente la excepción de que después de la declaración de quiebra del fallido conserva el dominio de sus bienes, la administración de los no embargables y de los demás que se enumeran.

Y de conformidad con lo prescrito en los artículos 1362 y 1363 del Código de Comercio, 151, 463, número 16, 583 y 897 del de Procedimiento Civil, se revoca la referida sentencia de fecha 26 de octubre último, y se declara que ha lugar á la demanda, sin costas por haber habido motivo plausible para litigar, y sin perjuicio de otros derechos que puedan hacer valer los acreedores.

Redactada por el Ministro señor Fuentes R. —*Manuel Rodríguez C.—E. Fuentes R.—Luis David Cruz.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Tacna.—3 de septiembre de 1906

Zavala

Legislación peruana; hijo ilegítimo; hijo natural.—Reconocimiento.—Derecho de heredar.—Efecto retroactivo.

DOCTRINA:—*Según el Código Civil peruano, el hijo ilegítimo que no es espúreo por no tener sus padres impedimento para casarse al tiempo de la concepción, tiene la calidad de hijo natural respecto de su madre sin necesidad de reconocimiento, el cual es exigido por dicha ley sólo para el padre.*

La madre natural que ha adquirido este estado civil en conformidad á la legislación peruana, tiene derecho para heredar á su hijo de acuerdo con la legislación chilena.

Doña Nicolasa Zavala se ha presentado ante el Juez de Letras de este departamento exponiendo: que su hija natural Marcelina Berríos y Zavala, ha fallecido en esta ciudad el 4 de abril del presente año, según consta del certificado de defunción que en debida forma acompaña; que su citada hija á su muerte no otorgó testamento alguno, ni dejó descendencia legítima ó natural de ninguna especie y que, por consiguiente, ella como madre natural, calidad que se comprueba con la partida de baustismo que acompaña, es la única heredera de la difunta.

Por lo expuesto viene en pedir que se declare el intestado de su referida hija y que se le conceda la posesión efectiva de sus bienes.

El Juzgado, después de recibir una información rendida por la solicitante, ordenó pasar la solicitud en vista al Promotor Fiscal.

Los conceptos jurídicos de la vista fiscal que el Juzgado hizo suya pueden resumirse en lo siguiente:

1º Nicolasa Zavala no era madre natural de Marcelina Berríos, sino únicamente ilegítima.

Según el artículo 236 del Código Civil del Perú, se califica de natural al hijo concebido en tiempo en que el padre y la madre no te-

nían para casarse ningún impedimento legal y el 238 dispone que el reconocimiento de los hijos naturales se haga por el padre en el registro de nacidos, ó en la partida de bautismo, ó en escritura pública, ó en testamento y debe suponerse, aunque la ley peruana no lo diga, que la madre tiene la misma facultad;

2º Consecuencia del anterior. Que no es bastante, según el legislador peruano, para dar á un hijo la calidad de natural, que no hayan existido entre sus padres impedimentos legales para celebrar matrimonio, sino que también es menester una declaración de voluntad del padre ó madre, declaración que debe constar en el respectivo instrumento. Esta declaración no la ha hecho la Zavala, según consta de la misma partida de bautismo por ella presentada;

3º Siendo la Zavala únicamente madre ilegítima de la Berríos, tiene derecho á heredarla, en virtud de lo dispuesto en el artículo 904 del Código Civil del Perú por haberse acreditado que no hay otras personas con derecho preferente;

4º En el caso que se controvierte la conclusión anterior es inaplicable, porque rigendo en esta provincia las leyes chilenas, según lo estatuido en el Tratado de Ancón y en la ley de 6 de octubre de 1884 y no pudiendo según esas leyes heredar la madre ilegítima á su hijo, la Zavala debe ser excluida de la herencia de que se trata; y

5º Fundamento del anterior.

El artículo 3º de la ley de 7 de octubre de 1861 dispone: «que el estado civil adquirido conforme á la ley vigente á la fecha de su constitución subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza, pero los derechos y obligaciones anexas á él se subordinarán á la ley posterior sea que ésta constituya nuevos derechos ú obligaciones, sea que modifique ó derogue las antiguas».

Con este dictamen, el Juzgado falló:

Tacna, 17 de mayo de 1906.—Vistos: de acuerdo con lo dictaminado por el señor Promotor Fiscal, no ha lugar á la posesión efectiva de herencia solicitada por doña Nicolasa Zavala.—*C. M. Várgas.*

Apelada esta resolución,

La Corte

Considerando:

1º Que el legislador del Perú divide los hijos ilegítimos en dos clases bien distintas: los naturales y los espúreos; comprendiendo bajo esta última denominación aquellos cuyos padres, al tiempo de la concepción, no podían casarse, ya por estar ligados entre sí por lazos de consanguinidad ó afinidad, ya por ser uno de ellos ó los dos casados, ya por haber hecho voto de castidad, ya finalmente por haber sido autor ó cómplice de la muerte de uno de los cónyuges, con el sobreviviente, según se desprende de los artículos 242, 235 y 236 del Código Civil de ese país;

2º Que el mismo legislador divide los hijos naturales en reconocidos y no reconocidos; pero el reconocimiento es un acto que solo es necesario para el padre, no para la madre, lo que se comprueba con la simple lectura del inciso segundo del artículo 236 antes citado y con la de los artículos 238, 239, 438 y 4[illegible] del mismo Código;

3º Que, sin este reconocimiento, el padre no podrá heredar en la sucesión intestada, el todo ó parte de los bienes del hijo, que pasarán á los ascendientes de la línea materna, según lo establecido en los artículos 903 y [illegible] del mismo Código, disposiciones que manifiestan claramente uno de los alcances, tal vez el principal, que el legislador peruano tuvo en vista al establecer la solemnidad del reconocimiento que debe hacer un padre en favor de un hijo natural;

4º Que, al revés de las disposiciones citadas en el considerando anterior, el artículo 904 dispone que la madre es heredera forzosa de sus hijos ilegítimos, lo que revela una vez más que para la madre la ley peruana no exige reconocimiento, como lo exige para el padre;

5º Que, en consecuencia, el hijo ilegítimo, no siendo espúreo ó, lo que es lo mismo, habiedo sido concebido en tiempo en que el padre y la madre no tenían impedimento legal para casarse, es siempre natural para la madre, que adquiere por este solo hecho los derechos y obligaciones inherentes á este estado

civil y puede, por consiguiente, heredarlo en conformidad al artículo 993 del Código Civil de Chile;

6º Que la petición de posesión efectiva de una herencia es un acto judicial no contencioso y el decreto que la concede no impide el ejercicio del derecho que el Fisco ó cualquier otro interesado pueda hacer valer en juicio contradictorio para demostrar que la persona á quien se ha dado la posesión no es legítima heredera.

Con arreglo á estas consideraciones y disposiciones legales citadas y visto además lo dispuesto en el artículo 3º de la ley de 7 de octubre de 1861 y 1955 del Código Civil, se revoca el auto apelado de 17 de mayo último, y se declara que se concede á doña Nicolasa Zavala la posesión efectiva de los bienes dejados al fallecimiento de su hija natural Marcelina Berríos y Zavala.

Inscríbase esta resolución en el registro correspondiente y publíquese en la forma dispuesta en el artículo 1059 del Código de Procedimiento Civil.

Acordada por los votos de los señores Ministros Barros, Cisternas Peña, Quirell y de la Fuente, contra el voto del señor Presidente Vega que opinó por la confirmatoria de la resolución apelada por las razones que consigna en el libro respectivo.

Redactada por el señor Ministro Cisternas Peña.—*P. Roberto Vega.—E. Barros.—E. Cisternas Peña.—M. A. Quirell.—A. M. de la Fuente.*

VOTO ESPECIAL

En el expediente de Nicolasa Zavala sobre posesión efectiva de los bienes dejados por Marcelina Berríos, el infrascrito disintiendo de la opinión de la mayoría del Tribunal, ha opinado por que se confirme la resolución apelada de 17 de mayo último, por las siguientes consideraciones.

Que la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; y la sucesión se regla por la ley del domicilio en que se abre; salvo las excepciones legales, que no son de aplicación en el presente caso (art. 955 del Código Civil);

Que según consta en el indicado expediente, Marcelina Berríos era hija ilegítima de Nicolasa Zavala; nació en este departamento, en 1864, bajo el imperio de las leyes peruanas, y falleció en esta ciudad, intestada, soltera, sin descendientes legítimos, ni hijos naturales, el 4 de abril del presente año, y por consiguiente, su sucesión debe reglarse por las leyes chilenas, que son las vigentes en este territorio y lo eran en el día de la muerte de la Berríos;

Que, según estas leyes, en la sucesión intestada de un hijo no tienen derecho alguno, á título de herederos, los padres simplemente ilegítimos;

Que Nicolasa Zavala, para solicitar la declaración del intestado y la posesión efectiva de los bienes dejados por su hija Marcelina Berríos, ha alegado que por el solo hecho de ser madre ilegítima de ésta y sin necesidad de reconocimiento expreso adquirió bajo el imperio de la legislación peruana el carácter de madre natural de dicha Berríos; y posteriormente ha invocado también en su favor las disposiciones de los artículos 904 á 908 del Código Civil del Perú;

Que, en consecuencia de lo expuesto en la consideración que precede, hay que resolver si efectivamente la Zavala había adquirido la calidad de madre natural de la Berríos antes de la vigencia de la ley chilena, que prescribe formalidades especiales para dar el carácter y derechos de natural al hijo ilegítimo; y si dicha Zavala conserva el derecho que la ley peruana daba á la madre de ser heredera forzosa de sus hijos ilegítimos que no dejan descendientes con derecho de heredarlos;

Que, conforme á lo prescrito en el artículo 5º de la ley de efecto retroactivo de 7 de octubre de 1861, las personas que bajo el imperio de una ley hubiesen adquirido en conformidad á ella el estado de hijos naturales, gozarán de todas las ventajas y estarán sujetas á todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior;

Que con arreglo á lo dispuesto en el artículo 3.º de la misma ley, el estado civil adquirido conforme á la ley vigente á la fecha de su constitución, subsistirá aunque esta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos á él se subordinarán á la ley pos-

terior, sea que ésta constituya nuevos derechos ú obligaciones, sea que modifique ó derogue los antiguos;

Que, según lo prescrito en el artículo 235 del Código Civil del Perú, son hijos ilegítimos los que no nacen de matrimonio, ni están legitimados; y según el inciso 1º del artículo 236 del mismo Código, de entre estos ilegítimos se califica de natural al hijo concebido en tiempo en que el padre y la madre no tenían, para casarse, ninguno de los impedimentos expresados en los nueve primeros incisos del artículo 142;

Que esta calificación de natural dada á algunos de los hijos que no nacen de matrimonio, ni están legitimados, solo importa una denominación que se da al hijo ilegítimo por el sólo hecho de no ser espúreo ó no proceder de dañado ayuntamiento, para distinguirlo de éste, ya sea que lo haya reconocido el padre ó que no lo reconozca, como se deduce de lo expuesto en el inciso 2º del mismo artículo 236, que dice: "De los *naturales* unos están reconocidos por el padre y otros nó";

Que, aunque el artículo 238 del Código citado dispone que "el reconocimiento de los hijos naturales se hará por el padre en el registro de nacidos, ó en la partida de bautismo ó en escritura pública, ó en testamento", ello no implica que la madre no necesite de reconocimiento para conferir al hijo ilegítimo que la ley califica de natural los derechos de natural reconocido y antes bien, el artículo 240 del mismo Código presupone el reconocimiento de la madre para que pueda el padre impugnar dicho reconocimiento; puesto que establece que "*todo reconocimiento* de filiación natural podrá ser disputado por el padre ó madre que no haya intervenido en él", disposición que no podría tener aplicación respecto del padre, si no hubiera reconocimiento de la madre;

Que si bien el artículo 904 del Código citado aplicable en esta provincia hasta la ocupación chilena, establece que la madre es heredera forzosa de sus hijos ilegítimos, "si éstos no dejan descendientes con derecho de heredarlos" este derecho lo tenía la madre respecto de toda clase de hijos ilegítimos, con excepción de los adulterinos (arts. 913 y 914), por el sólo hecho de ser madre ilegítima y sin necesidad de que el hijo fuera hijo natural reconocido;

Que esta facultad de heredar que la ley peruana confiere á la madre ilegítima constituía una mera expectativa, que no forma derecho según lo prevenido en el artículo 7º de la ley de efecto retroactivo; y, por tanto, si una ley posterior, vijente á la época de la delación de la herencia, ha quitado este derecho, como en el caso actual, la madre ilegítima no puede invocarlo en su favor;

Que para aplicar el artículo 993 del Código Civil, ó sea para deferir la herencia de un hijo natural á sus padres naturales, ó á aquel de ellos que le haya reconocido con las formalidades legales, es necesario que se hayan conferido previamente al hijo los derechos de hijo natural, reconociéndole como tal con arreglo á las formalidades vijentes á la época de la constitución de ese estado civil, lo que no consta que haya hecho Nicolasa Zavala; y

Que, como consecuencia de lo expuesto en las consideraciones que anteceden, no puede concederse á dicha Zavala la posesión efectiva de los bienes de la herencia de Marcelina Berríos, ni á título de madre natural ni á título de madre simplemente ilegítima.

Tacna, 3 de septiembre de 1906.—*P. Roberto Vega.*

Corte de Tacna.—5 de septiembre de 1906.

Gamarra y otros

Legitimación.—Plazo.—Impedimento —Notificación.—Fuerza mayor

DOCTRINA:—*El instrumento público de legitimación debe otorgarse á la fecha de la celebración del matrimonio, ó en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes á ella, so pena de nulidad.*

El hecho de haberse celebrado el matrimonio en lugar donde no hay notario público constituye un impedimento grave para no otorgar al instrumento de legitimación á la fecha de la celebración del contrato.

Puede extenderse el instrumento después de expirado el plazo de treinta días, si habiendo solicitado los padres el otorgamiento antes de su vencimiento, no pudo ello tener lugar por la práctica de otras diligencias ordenadas por el Juez, las cuales importan fuerza mayor.

La ley no fija plazo pará la notificación del instrumento de legitimación á las personas que se quiere legitimar.

Don Julio Hevia Labbé, con poder bastante de don Juan Gamarra y de doña Sofía Ramírez, se presentó el 5 de octubre último ante el Juez Letrado de Pisagua, exponiendo: que sus poderdantes habían contraído matrimonio en el pueblo de Negreiros y que al tiempo de celebrar el contrato matrimonial hicieron presente que en estado de soltería habían procreado tres hijos llamados Clotilde, Márcos Sergio y Alida Ester.

Deseando conferir á estos hijos el beneficio de legitimación, solicita que, en conformidad á lo dispuesto en el artículo 208 del Código Civil, se ordene al notario público que extienda la respectiva escritura pública de legitimación.

En un otrosí del mismo escrito pide que se provea á los hijos á quienes se quiere legitimar de un curador especial que acepte por ellos la egitimación.

El Juzgado dispuso que, para proveer la petición principal, se esperara que se proveyera á los menores de un curador especial que los representara en la petición de que se trata.

Proveyendo el otrosí, pasó la solicitud en vista al Defensor de Menores.

Con el dictamen favorable del funcionario designado, el Juzgado nombró curador de los menores á don Cárlos Luque.

Practicadas estas diligencias, volvió el representante de Gamarra y la Ramírez á pedir que se ordenara extender la escritura de legitimación, debiendo insertarse en ella la aceptación de los impúberes á quienes se quería legitimar.

Se pasó esta solicitud en vista al Defensor de Menores, quién fué de opinión que no se diera lugar á lo pedido porque había trascurrido más de un mes desde la fecha de la celebración del matrimonio.

El Juzgado, para mejor resolver, dispuso que se rindiera información sumaria para acreditar los hechos que legitiman la petición.

Se dió cumplimiento á este decreto y se dictó por último la siguiente sentencia interlocutoria:

Pisagua, 27 de diciembre de 1905.—Vistos; con el mérito de estos antecedentes, de acuerdo con lo dictaminado por el Defensor Público *ad-hoc* y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 208 del Código Civil, se declara sin lugar lo pedido por don Julio Hevia Labbé, en representación de don Juan Gamarra y de doña Sofía Ramírez de Gamarra.—*Ismael Poblete.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Considerando:

1º Que el artículo 208 del Código Civil sólo dispone, en la parte que se relaciona con el presente caso, que el instrumento público deberá otorgarse á la fecha de la celebración del matrimonio, ó en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes á ella, so pena de nulidad; pero ni esta disposición legal ni ninguna otra fija plazo para la notificación del instrumento á las personas que se quiere legitimar;

2º Que del anterior considerando se desprende que lo único que la ley prohibe, y esto por graves consideraciones de orden público y de moralidad privada, es que el instrumento de legitimación se otorgue después de treinta días de la celebración del matrimonio, sancionando de una manera expresa el quebrantamiento de su prohibición con la nulidad del acto;

3º Que, en el caso que ha motivado esta

instancia, los padres contrajeron matrimonio el 11 de septiembre último y quisieron otorgar el instrumento de legitimación el 5 de octubre siguiente, esto es, cuando todavía faltaban seis días para el vencimiento del plazo fijado por la ley;

4° Que, si el instrumento no pudo otorgarse en el día que los padres quisieron hacerlo, fué porque el Juez, para proveer á su petición, dispuso que se practicaran otras dilijencias y, mientras se cumplía con el mandato judicial, se venció el plazo y el instrumento no se otorgó en tiempo hábil;

5° Que en esta situación, creada contra la voluntad de los padres, ha habido evidentemente fuerza mayor, ya que el instrumento no se otorgó en tiempo hábil en virtud de un acto de autoridad ejercido por un funcionario público;

6° Que el hecho de haberse celebrado el matrimonio en un lugar donde no hay notario público es bastante para dar por establecido que ha existido impedimento grave para no otorgarse el instrumento de legitimación á la fecha de la celebración del contrato.

Con arreglo á estas consideraciones, visto además lo dispuesto en el artículo 45 del Código Civil, y 1004 del de Procedimiento Civil, se revoca la resolución apelada de 27 de diciembre último, y se declara: que ha lugar á lo pedido en lo principal del escrito, entendiéndose que el instrumento de legitimación deberá otorgarse en el plazo de seis días á contar desde la notificación del cúmplase de esta sentencia.

Acordada por los votos del señor presidente Vega y señores Ministros Barros, Cisternas Peña y de la Fuente, contra el voto del señor Ministro Quirell, que opinó por la confirmatoria de la sentencia apelada por las razones que consigna en su libro respectivo.

Redactada por el señor Ministro Cisternas Peña.—*P. Roberto Vega.—E. Barros.—E. Cisternas Peña.—M. A. Quirell.—A. M. de la Fuente.*

VOTO ESPECIAL

En las gestiones sobre legitimación de los menores Clotilde, Márcos Serjio y Alida Gamarra, el infrascrito disintiendo de la mayoría del Tribunal, ha estado por confirmar la resolución apelada, en virtud de las siguientes consideraciones:

Según lo dispuesto en el artículo 208 del Código Civil, el instrumento público de legitimación debe otorgarse á la fecha de la celebración del matrimonio, salvo el caso de impedimento grave, en que podrá otorgarse dentro de los treinta días subsiguientes.

No habiéndose otorgado en esa fecha el instrumento respecto de los indicados menores, hay que examinar si ha existido el caso de impedimento grave de que habla la ley.

Se ha alegado la falta de notario en el lugar de la celebración del matrimonio; tal alegacion no es admisible desde la vigencia del Código de Procedimiento Civil, ya que, según el artículo 1004, pudo en el acto del matrimonio hacerse la declaracion de los padres de legitimación de los hijos.

Debiendo, pues, entenderse que no ha existido el impedimento grave del artículo 208 del Código Civil, no debe considerarse el presente caso comprendido en la excepción de que trata ese artículo; y, por consiguiente, no sería ya tiempo de otorgarse el instrumento.—*M. A. Quirell.*

Corte de Santiago.—7 de julio de 19[illegible]

König y otros con Concha y Toro

Mina. — Avío. - Comunero.—Pago de lo debido.—Reivindicación

DOCTRINA:—*El acreedor de una mina puede tomar la tenencia de ella, y si para pagarse de los primeros anticipos ha tenido que hacer otros para trabajarla, aumentándose la deuda en vez de disminuir, tiene derecho á retener la mina y seguir aviándola bajo su admi-*

nistración hasta pagarse preferentemente, con la excepción que prescribe el artículo 146 del Código de Minería.

Si algunos de los dueños, comuneros de la mina, no aceptan la continuación de los avíos celebrados por otro de los comuneros, después de transcurrido el plazo, pueden ponerles término; pero no por reivindicación, sino por medio del pago de lo debido.

Don Francisco de Paula Pleiteado, como mandatario de las siguientes personas: don Abraham König, doña Natalia Amor viuda de Bahamondes, doña Amelia, doña Isolina y doña Elcira Amor, doña Rita Amor viuda de Valdivieso, doña Adela Amor viuda de Prado, doña Eufemia Amor viuda de Toro, don Luis Amor, doña Blanca Amor, doña Dolores Amor, don Jacinto Larraín, marido de doña Ismaela Amor, demandó á don Enrique Concha y Toro, ante uno de los Juzgados de Santiago.

Expone: que sus mandantes son dueños de trece barras de la mina denominada "San Simoncito" del mineral "San Pedro Nolasco", subdelegación de San José de Maipo, departamento de la Victoria.

Que don Enrique Concha y Toro, sin derecho alguno, ha tomado posesión material y explota la expresada mina sin autorización de los demandantes; y como dicho caballero no ha podido obtener la mina de ninguna otra persona, entabla contra él demanda de reivindicación de la mina con indemnización de daños, perjuicios y costas.

En la réplica, amplía la demanda en el sentido de que se declare la nulidad de los contratos de liquidaciones celebrados por don Silvestre Lazo y el demandado, y no por todos los dueños, invirtiendo sin la autorización prescrita por el artículo 157, inciso 2º del Código de Minería no sólo el valor de los productos sino sumas ingentes cuyo monto se ignora.

La nulidad se manifiesta, por otra parte, por ser la mina de una Sociedad y el administrador no puede reconocer deudas ni pactar avíos.

El poder dado al señor Lazo tuvo por objeto principal el desagüe de la mina, no la prenda, ni contrató á nombre del mandante.

Don Enrique Concha y Toro, contestando la demanda, dice: que no se ha apoderado de la mina y que si la tiene en su poder es fundado en títulos conocidos é invoca las copias de las escrituras que acompaña.

De ellas consta el reconocimiento que don Francisco Amor Z. y don Silvestre Lazo hacen de una deuda á favor del demandado, escritura de 28 de noviembre de 1894, por dinero recibido para trabajos de la mina; que al terminar el contrato allí relacionado, adeudaba al acreedor una gruesa suma, y para salvar esta situación el señor Lazo celebró el contrato de 15 de octubre de 1896, entregando la mina para que con ella se pagara dicho acreedor, contrato que reiteró en 9 de marzo de 1900 aprobando las cuentas del acreedor.

El poder del señor Amor Z. al señor Lazo no expiró por muerte de aquél, según lo determinan los artículos 2168 y 2169 del Código Civil.

A lo más esta sería cuestión de la sucesión Amor con el mandatario, pero no con el demandado.

Contestando la ampliación de la demanda, afirma que las escrituras cuya nulidad solicitan los demandantes son perfectamente válidas y que no ha hecho la confesión que le suponen las demandantes.

El señor König no ha exhibido la inscripción del título de dominio, que por tanto le niega.

El poder dado por el señor Amor era para contratar el desagüe y explotación de la mina, como lo estimase más conveniente el mandatario.

Pide se deseche la demanda y ampliación, con costas.

Seguida la causa por todos sus trámites, el Juzgado, con fecha 10 de enero de 1904, resolvió:

Considerando:

1º Que los demandantes han reconocido en el escrito el contrato de 28 de noviembre de

1894, fecha en que don Abraham König aún no había inscrito la escritura de cesión de 12 de noviembre de 1892 y cuya inscripción se verificó en 1899, cuando ya la mina la tenía el demandado por contrato legalmente celebrado;

2º Que las partes demandantes que forman la sucesión de don Francisco Amor Z., por haber obtenido la posesión efectiva de la herencia de dicho señor y ser sus herederas y continuadores de las obligaciones contraidas personalmente por aquél y en virtud también del mandato, están obligados á respetar dichas obligaciones, según lo dispuesto en el artículo 2169 del Código Civil;

3º Que consta de la escritura de 28 de noviembre de 1894 que don Francisco Amor Z. y don Silvestre Lazo se confiesan deudores á favor de don Enrique Concha y Toro por la cantidad de $ 6.500 que dicen haber recibido para los trabajos de la mina "San Simoncito" de propiedad de los dos primeros, de cuya suma debía pagarse el señor Concha y Toro con los metales que produjera; escritura que con la de fecha 15 de octubre de 1896, constituyen un verdadero contrato de avío de la mina nombrada;

4º Que don Silvestre Lazo al suscribir la escritura última citada, lo hizo también por el señor Amor en virtud de haber obtenido de éste el mandato y como el contrato se refiere á la mina "San Simoncito", debe entenderse que ha suscrito la recordada escritura en vista de las facultades que le otorgaba el mandato referido, ya que tampoco aparece que fuera revocado en el tiempo intermedio;

5º Que don Enrique Concha y Toro ha dado cumplimiento al artículo 8º de la escritura rindiendo las cuentas á que se obligó, aceptadas por don Silvestre Lazo, mandatario de don Francisco Amor Z.;

6º Que aunque el demandado ha acreditado con la prueba rendida que la mina "San Simoncito" tiene una ubicación tal, que la temporada de trabajos dura sólo tres meses, á consecuencia de los accidentes naturales del tiempo y de la atmósfera, y la distancia á que se encuentra de la estación más próxima hace muy difícil el transporte de los metales y todo en conjunto origina gastos para obtener la venta de los productos de la mina, estas circunstancias no alteran la situación legal de las partes;

7º Que siendo don Enrique Concha y Toro, desde el 28 de noviembre de 1894, acreedor de la mina nombrada, por un título que no ha sido impugnado debidamente, le da la tenencia de aquélla y que, para pagarse de los primeros anticipos, ha tenido que hacer otros para trabajarla aumentándose la deuda en vez de disminuir, tiene derecho á retener la mina y seguir aviándola bajo su administración hasta pagarse preferentemente, con la excepción que prescribe el artículo 146 del Código de Minería, ya que no se niega el hecho de la deuda ni se han impugnado en forma legal las cuentas, ni ofrecido el pago de aquélla;

8º Que no aceptándose por el señor König ni por los otros demandantes la continuación del contrato de 28 de noviembre de 1894, ni los que posteriormente se celebraron como una consecuencia, pueden ponerles término, previo el pago de lo debido, circunstancia que no se armoniza con la acción reivindicatoria que supone en el demandado la carencia de todo título para la tenencia, posesión ó goce de la cosa que se reivindica y que debe ser entregada sin la presentación ya indicada.

En mérito de estas consideraciones y visto además lo dispuesto por los artículos 1551 del Código Civil, 140 y 148 del de Minería, 167, 331, 374, 392 y 428 del de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á la demanda, previo el pago de lo adeudado á don Enrique Concha y Toro; deséchase la ampliación, pudiendo, inter se efectúa aquel pago, practicar los demandantes en forma debida y conveniente el examen é intervención de la mina.—*José T. Marín.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que la demanda pide "que don Enrique Concha y Toro le entregue la mina "San Simoncito" en su calidad de dueño de la mayoría de sus barras, con indemnización de daños, perjuicios y costas" y se ha ampliado para que se declare, además, que es responsa-

ole de los frutos de la mina por él percibidos";

2º Que en el escrito de los demandantes han reconocido la eficacia del contrato de 28 de noviembre de 1894 "á pesar de no figurar en él como contratante don Abraham König que en ese entonces era dueño de dos barras" y han declarado además "que con ese título el señor Concha pudo demandar á los otros contratantes por el saldo insoluto que hubiese á la expiración del contrato y establecido y reconocido el saldo, pudo embargar los productos y si éstos no hubiesen sido suficientes, pudo también tomar la mina bajo su administración y aún constituirse en aviador judicial", y agregan que sería ilegal su explotación de la mina aunque fuera de avío el referido contrato;

3º Que si bien no aparece que Lazo haya usado del poder, y de las escrituras no consta que Lazo compareciera con la representación de Amor, en la cláusula 4ª de la citada escritura, se ve que quedó autorizado Lazo para tener la representación de todos los derechos de la comunidad;

4º Que según el artículo 2305 del Código Civil, "el derecho de cada uno de los comuneros es el mismo que el de los socios en el haber social" y según el artículo 1081 del mismo Código, "no habiéndose conferido la administración á uno ó más de los socios, se entenderá que cada uno de ellos ha recibido de los otros el poder de administrar", y las escrituras dan cuenta de actos que no exceden esas atribuciones, si se atienden debidamente los propósitos y facultades de la recordada escritura, si alguna importancia tiene la manifestación de voluntad que aparece en el poder y si se tiene en cuenta que los socios sólo pueden oponerse "á los actos administrativos de otro mientras esté pendiente su ejecución ó no hayan producido efectos legales" y que "cada socio tiene el derecho de obligar á los otros á que hagan con él las expensas necesarias para la conservación de las cosas sociales";

5º Que lo expuesto en el considerando 4º está corroborado con la interpretación que demuestra el hecho de que los demandantes hayan aceptado el referido contrato, á pesar de que en él no figura el comunero don Abraham König, como se ha dicho en el considerando 1º;

6º Que la calidad de comunero en la mina, que ha tenido don Silvestre Lazo, está reconocida y acreditada en los autos;

7º Que las partes demandantes representan la sucesión de don Francisco Amor Z., por haber obtenido la posesión efectiva de su herencia, y por lo tanto, tienen los derechos y obligaciones de éste;

8º Que de la mencionada escritura de 28 de noviembre de 1894 aparece que don Francisco Amor y don Silvestre Lazo se reconocen deudores de don Enrique Concha y Toro por la suma de $ 6.500 y por las demás cantidades que éste se comprometió á dar para la explotación de la mina "San Simoncito", escritura que, como la de 15 de octubre de 1896, constituye un contrato de avío;

9º Que el comunero don Silvestre Lazo, con las facultades que se han expresado, tiene reconocido que don Enrique Concha y Toro ha cumplido sus obligaciones y que sus cuentas, no objetadas debidamente, arrojan un saldo á favor de éste;

10. Que no obstante de haberse estipulado un plazo, el señor Concha y Toro ha podido continuar la explotación de la mina hasta pagarse totalmente de su crédito, como se ve en la cláusula 6ª y como lo dispone el artículo 146 del Código de Minería, sin perjuicio de otros derechos de los dueños de la mina;

11. Que no aceptándose por el señor König y los otros demandantes la continuación de los contratos, pueden ponerles término pero no por reivindicación sino con el pago de lo que adeuden.

Se confirma la sentencia apelada de 10 de Enero de 1904, sin costas, atendido el mérito de autos.

Redactada por el Ministro señor Lagos.—*E. Castillo.—J. Agustín Rojas. — Dagoberto Lagos.*

Corte de Santiago.—29 de octubre de 1906

Morán con Fisco

Fisco; su responsabilidad.—Ocupación. Perjuicios.

DOCTRINA:—*Para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzada de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación.*

———

Don José Nicolás Morán demanda al Fisco y dice: que con motivo de los acontecimientos políticos de 1891, que motivaron la caída del Gobierno del Excmo. señor Balmaceda, fué reducido á prisión en Santiago, y trasladado después como reo al cuartel que ocupaba el Regimiento Pisagua, 3º de línea, en Quillota, en donde el día 2 de septiembre de 1891 se le exigió por el subteniente don Ismael Bañados, por orden del jefe político y militar de Quillota don José Antonio Echeverría, la entrega de las llaves de su casa ubicada en la calle de Maipú esquina con la Plaza de Armas, llaves que entregó.

Dice que de orden de la autoridad su casa fué ocupada inmediatamente por los jefes y oficiales del Regimiento Pisagua hasta el 9 de mayo de 1892, día en que le devolvieron las llaves y tomó posesión de la casa, previo inventario que se hizo de los objetos que en ella quedaron.

Agrega que pocos días antes de la ocupación militar de su casa su familia se había trasladado á Santiago dejando todos los muebles para ser rematados, remate que no se llevó á efecto y muebles que inventarió conforme á la lista; que durante la ocupación de su casa sus muebles fueron deteriorados algunos y otros sustraídos por los oficiales ocupantes; y que habiéndose ordenado la ocupación por el Supremo Gobierno, el Fisco á cuyo nombre fueron sustraídos y deteriorados sus muebles es obligado al pago de las sustracciones y deterioros, que estima en la suma de $ 19.015,25, cuya cantidad demanda al Fisco para que se ordene su pago.

Detalla la lista de los muebles deteriorados y sustraidos y especifica su valor.

En rebeldía del Fisco se dió por contestada la demanda, y se recibió la causa á prueba por todo el término legal.

Se rindió la prueba testimonial que obra en autos al tenor del interrogatorio.

Se alegó por las partes lo conveniente, se les citó para sentencia, y el Juzgado de Quillota con fecha 18 de abril de 1902 resolvió:

Teniendo presente:

1º Que si bien es verdad que el demandante ha acreditado que su casa fué ocupada por los jefes y oficiales del Regimiento Pisagua en 1891, se afirma también por el demandante que la entrega de las llaves la hizo á petición de un oficial de dicho Regimiento de orden del jefe político y militar de la plaza;

2º Que mediante la prueba rendida no se ha comprobado por el demandante que las personas que le exigieron la entrega de la casa estuvieran investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación;

3º Que el demandante confiesa que la sustracción y deterioro de los muebles que tenía en la casa ocupada, fueron ejecutados por los oficiales y jefes del Regimiento Pisagua, actos personales que no comprometen la responsabilidad del Estado, aún suponiendo legalmente ordenada por la autoridad la ocupación de la propiedad, y de los cuales sólo pueden ser responsables las personas que los ejecutaron.

Por tales fundamentos y visto lo dispuesto en la ley 12 título 14, partida 3ª, y artículos 1690 y 1713 del Código Civil, se declara que no ha lugar á la demanda formulada por don Nicolás Morán, á quien se le reservan sus derechos para que los haga valer como viere convenirle.—*Aspillaga.*

Apelada esta sentencia, **La Corte:**

Vistos: eliminando la parte final del considerando tercero de la sentencia apelada de 18

de abril de 1902, se confirma la referida sentencia.—*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.*

Corte de Santiago.—3 de noviembre de 1906

Blest con Fariña y otros

Bienes raíces. - Venta. - Mujer casada — Marido. — Autorización judicial y marital. — Nulidad relativa. — Acción rescisoria. - Prescripción. - Separación de bienes. — Ratificación. — Capacidad.

DOCTRINA:—*La venta de bienes raíces de la mujer casada, llevada á cabo sin la correspondiente autorización judicial, adolece de nulidad relativa porque no es producida por un objeto ó causa ilícita ni por la omisión de algún requisito ó formalidad que las leyes prescriban para el valor del contrato en consideración á su naturaleza, sino que está establecida por la ley por motivos ó circunstancias de carácter personal, en interés de la misma mujer casada.*

La acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contados, cuando procede de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado la incapacidad.

Cesando la incapacidad de la mujer casada por la sentencia que declaró la separación de bienes entre ella y su marido y habiendo trascurrido más de cuatro años entre esa sentencia y su fallecimiento, no trasmite ella á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria de las enajenaciones de bienes raíces celebradas por ella sin autorización judicial y mientras era incapaz, por cuanto á su fallecimiento dicha acción ya había prescrito.

El marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, pero pierde el derecho de pedir la rescisión del contrato celebrado de ese modo, si ha ratificado expresamente dicho contrato.

Don Federico Blest, en su carácter de representante legal de sus menores hijos Juan, Maximiliano, Santos, Ester y Federico Blest Fariña y en representación de don Angel Vergara, por su esposa doña Emilia Blest Fariña, según poder que acompaña, expone: que como se comprueba con la escritura de liquidación y compraventa que acompaña en copia autorizada, en 25 de julio de 1877, ante el notario señor Aranguiz Fontecilla, su finada esposa doña Trinidad Fariña vendió en pago de ciertos alcances hereditarios, y entre otros valores de que dispuso también, las siguientes propiedades raíces:

a) Una casa situada en la calle de Fariña de esta ciudad, á 180 metros de la calle de Recoleta, deslindante por sus lados Norte, Sur y Oriente, con propiedades de los herederos de don Santos Fariña y de doña Josefa Alfaro, y por el Poniente, calle de por medio con sitio de doña Rosa Luisa Sariego, propiedad que se encuentra ubicada como á 50 metros de la calle de Juárez y que se transfirió en dominio absoluto de suelo y edificios á doña Juana Fariña por la suma de $ 1.120, fuera de los derechos de alcabala que debía satisfacer la compradora;

b) Una casa situada en la calle de Dávila de esta ciudad á ciento ochenta metros de la calle de la Recoleta, deslindante al Sur calle de por medio con propiedad de don José María Ruiz, al Norte, Oriente y Poniente con propiedad de los herederos Fariña y Alfaro, casa que actualmente lleva el número 23 y

Corte de Santiago.—29 de octubre de 1906

Morán con Fisco

Fisco; su responsabilidad.—Ocupación. Perjuicios.

DOCTRINA:—*Para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzada de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación.*

———

Don José Nicolás Morán demanda al Fisco y dice: que con motivo de los acontecimientos políticos de 1891, que motivaron la caída del Gobierno del Excmo. señor Balmaceda, fué reducido á prisión en Santiago, y trasladado después como reo al cuartel que ocupaba el Regimiento Pisagua, 3º de línea, en Quillota, en donde el día 2 de septiembre de 1891 se le exigió por el subteniente don Ismael Bañados, por orden del jefe político y militar de Quillota don José Antonio Echeverría, la entrega de las llaves de su casa ubicada en la calle de Maipú esquina con la Plaza de Armas, llaves que entregó.

Dice que de orden de la autoridad su casa fué ocupada inmediatamente por los jefes y oficiales del Regimiento Pisagua hasta el 9 de mayo de 1892, día en que le devolvieron las llaves y tomó posesión de la casa, previo inventario que se hizo de los objetos que en ella quedaron.

Agrega que pocos días antes de la ocupación militar de su casa su familia se había trasladado á Santiago dejando todos los muebles para ser rematados, remate que no se llevó á efecto y muebles que inventarió conforme á la lista; que durante la ocupación de su casa sus muebles fueron deteriorados algunos y otros sustraídos por los oficiales ocupantes; y que habiéndose ordenado la ocupación por el Supremo Gobierno, el Fisco á cuyo nombre fueron sustraídos y deteriorados sus muebles es obligado al pago de las sustracciones y deterioros, que estima en la suma de $ 19.015,25, cuya cantidad demanda al Fisco para que se ordene su pago.

Detalla la lista de los muebles deteriorados y sustraidos y especifica su valor.

En rebeldía del Fisco se dió por contestada la demanda, y se recibió la causa á prueba por todo el término legal.

Se rindió la prueba testimonial que obra en autos al tenor del interrogatorio.

Se alegó por las partes lo conveniente, se les citó para sentencia, y el Juzgado de Quillota con fecha 18 de abril de 1902 resolvió:

Teniendo presente:

1º Que si bien es verdad que el demandante ha acreditado que su casa fué ocupada por los jefes y oficiales del Regimiento Pisagua en 1891, se afirma también por el demandante que la entrega de las llaves la hizo á petición de un oficial de dicho Regimiento de orden del jefe político y militar de la plaza;

2º Que mediante la prueba rendida no se ha comprobado por el demandante que las personas que le exigieron la entrega de la casa estuvieran investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación;

3º Que el demandante confiesa que la sustracción y deterioro de los muebles que tenía en la casa ocupada, fueron ejecutados por los oficiales y jefes del Regimiento Pisagua, actos personales que no comprometen la responsabilidad del Estado, aún suponiendo legalmente ordenada por la autoridad la ocupación de la propiedad, y de los cuales sólo pueden ser responsables las personas que los ejecutaron.

Por tales fundamentos y visto lo dispuesto en la ley 12 título 14, partida 3ª, y artículos 1690 y 1713 del Código Civil, se declara que no ha lugar á la demanda formulada por don Nicolás Morán, á quien se le reservan sus derechos para que los haga valer como vea convenirle.—*Aspillaga.*

Apelada esta sentencia, **La Corte:**

Vistos: eliminando la parte final del considerando tercero de la sentencia apelada de 18

de abril de 1902, se confirma la referida sentencia.—*Leoncio Rodríguez.—J. Gabriel Palma Guzmán.—E. Fóster Recabarren.—A. Vergara Albano.*

Corte de Santiago.—3 de noviembre de 1906

Blest con Fariña y otros

Bienes raíces. - Venta. - Mujer casada — Marido. — Autorización judicial y marital. — Nulidad relativa. — Acción rescisoria, - Prescripción. - Separación de bienes. — Ratificación. —Capacidad.

DOCTRINA:—*La venta de bienes raíces de la mujer casada, llevada á cabo sin la correspondiente autorización judicial, adolece de nulidad relativa porque no es producida por un objeto ó causa ilícita ni por la omisión de algún requisito ó formalidad que las leyes prescriban para el valor del contrato en consideración á su naturaleza, sino que está establecida por la ley por motivos ó circunstancias de carácter personal, en interés de la misma mujer casada.*

La acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contados, cuando procede de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado la incapacidad.

Cesando la incapacidad de la mujer casada por la sentencia que declaró la separación de bienes entre ella y su marido y habiendo trascurrido más de cuatro años entre esa sentencia y su fallecimiento, no trasmite ella á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria de las enajenaciones de bienes raíces celebradas por ella sin autorización judicial y mientras era incapaz, por cuanto á su fallecimiento dicha acción ya había prescrito.

El marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, pero pierde el derecho de pedir la rescisión del contrato celebrado de ese modo, si ha ratificado expresamente dicho contrato.

Don Federico Blest, en su carácter de representante legal de sus menores hijos Juan, Maximiliano, Santos, Ester y Federico Blest Fariña y en representación de don Angel Vergara, por su esposa doña Emilia Blest Fariña, según poder que acompaña, expone: que como se comprueba con la escritura de liquidación y compraventa que acompaña en copia autorizada, en 25 de julio de 1877, ante el notario señor Aranguiz Fontecilla, su finada esposa doña Trinidad Fariña vendió en pago de ciertos alcances hereditarios, y entre otros valores de que dispuso también, las siguientes propiedades raíces:

a) Una casa situada en la calle de Fariña de esta ciudad, á 180 metros de la calle de Recoleta, deslindante por sus lados Norte, Sur y Oriente, con propiedades de los herederos de don Santos Fariña y de doña Josefa Alfaro, y por el Poniente, calle de por medio con sitio de doña Rosa Luisa Sariego, propiedad que se encuentra ubicada como á 50 metros de la calle de Juárez y que se transfirió en dominio absoluto de suelo y edificios á doña Juana Fariña por la suma de $ 1.120, fuera de los derechos de alcabala que debía satisfacer la compradora;

b) Una casa situada en la calle de Dávila de esta ciudad á ciento ochenta metros de la calle de la Recoleta, deslindante al Sur calle de por medio con propiedad de don José María Ruiz, al Norte, Oriente y Poniente con propiedad de los herederos Fariña y Alfaro, casa que actualmente lleva el número 23 y

que en aquella fecha fué transferida en dominio absoluto por su recordada esposa á su hermana doña Carmen Fariña, representada por su marido don Miguel 2.º Comas, por el precio de $ 3.600 fuera de los derechos de alcabala;

c) Otra casa situada en la misma calle de Dávila esquina Oriente de la de Fariña, deslindante por su frente y Sur con propiedad y conventillo de don Bruno Orella calle de por medio, y por el Oriente y Poniente, calle de por medio con propiedad de los herederos Fariña y Alfaro, casa que actualmente lleva el número 35 y que también fué vendida incondicionalmente á doña Carmen Fariña, representada por su expresado marido, en el precio de $ 4.800.

Que de estas propiedades, la última fué revendida inmediatamente por don Miguel 2.º Comas y su esposa á doña Rosario Ulloa v. de Valdivieso por la suma de $ 5.000, según se comprueba con la copia de la inscripción que también acompaña, siendo la señora Ulloa v. de Valdivieso la actual tenedora de la propiedad.

Que la otra casa que su esposa vendió á su hermana doña Carmen Fariña, situada en la calle de Dávila, fué revendida por ésta á doña Juana Fariña, quien actualmente la posee, en la suma de $ 3.744, según se comprueba con la copia de la inscripción respectiva que acompaña.

Que para la venta ó enajenación en pago de todas estas propiedades no se obtuvo autorización judicial, sino que su esposa procedió á ejecutarla en unión de don Joaquín Blest Gana, que firmó también la correspondiente escritura, quien figura allí en virtud de los poderes que para transigir los juicios que él tenía entonces pendientes con su esposa, se le confirieron en un instrumento que aparece inserto también en la misma escritura de venta.

Que dicha transacción fué enteramente nula por versar sobre materias en que no es permitida, pues no tuvo jamás el alcance de que de un modo general y absoluto se autorizara á su esposa para vender sus bienes raíces.

Que el señor Blest Gana quedó investido de su representación en los juicios de la sociedad conyugal de modo que pudiera prestar por él el consentimiento que las leyes requiriesen para ciertos actos de la mujer en la administración de los bienes: pero ni con este solo consentimiento ni en virtud del simple poder que como á mandatario confirió al señor Blest Gana, pudo éste hacer válida una enajenación de bienes raíces propios de mujer casada, para cuya enajenación exigen las leyes autorización expresa de la justicia con conocimiento de causa, según lo disponen los artículos 159, 1754 y 1756 del Código Civil.

Que dado lo expuesto, queda manifestado que la enajenación de las casas hechas por la escritura de 25 de julio de 1877 adolece de plena nulidad, de nulidad absoluta, ya que el último de los artículos del Código citado establece que: "si la mujer ó sus herederos probaren haberse enajenado, hipotecado ó empeñado alguna parte de los bienes de aquélla sin los requisitos prescritos en los artículos precedentes, podrán ejercer el derecho de reivindicación ó pedir la restitución de la prenda ó cancelación de la hipoteca en los casos en que por regla general se concedan estas acciones".

Que como su esposa falleció hace ya tres años dejando por herederos á los hijos que él representa, y como según la disposición que acaba de citar y lo ordenado en los artículos 1691 y 1692 del Código mencionado, aún en el caso de ser solo relativa la nulidad, no ha expirado el término para invocarla, viene en entablar la presente demanda para que á su debido tiempo se manden entregar á sus expresados hijos las casas indicadas con sus accesorios y frutos, considerándose á los demandados como poseedores de mala fe desde que, sabiendo que compraban bienes de una mujer casada, no pueden alegar ignorancia del derecho que prescribe el requisito de la autorización judicial para la enajenación.

Concluye pidiendo se declare que doña Juana Fariña, doña Rosa Ulloa v. de Valdivieso y don Miguel 2º Comas, por su esposa doña Carmen Fariña, como poseedoras las dos primeras y como primer comprador el segundo, están obligados á devolver á sus hi-

jos las casas á que ha hecho referencia y enajenadas por la escritura de 25 de julio de 1877 ante el señor Aránguiz Fontecilla, haciendo la devolución, previa declaración de nulidad de dicha enajenación si el juzgado lo cree necesario y con pago de los frutos que dichas propiedades hayan podido producir desde su enajenación y además el de las costas personales y procesales de la causa.

Doña Rosario Ulloa v. de Valdivieso, contestando por su parte la demanda, pide no se dé lugar á ella, y expone: que según aparece en los documentos que acompaña, doña Carmen Fariña recibió el 25 de julio de 1877 de doña Trinidad Fariña, una casa situada en la calle de Dávila de esta ciudad, en cuyo contrato intervinieron por una parte doña Trinidad Fariña con la autorización general concedida por su esposo á don Federico Blest y por la otra doña Carmen Fariña con su marido don Miguel 2º Comas, y poco tiempo después su representada compró esta misma casa al indicado señor Comas y á su esposa.

Que su representada se halla pues en el caso de que la casa que actualmente posee es materia de un juicio por causa anterior al contrato celebrado por ella y como la ley la faculta expresamente para seguir ó nó en el juicio á su entera voluntad ó dejar al vendedor que lo continúe, ha interpuesto un artículo de incontestación con este último objeto.

Que el artículo 1039 del Código Civil expresa: "que el vendedor es obligado á sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior á la venta, salvo en cuanto se haya estipulado lo contrario"; y el artículo 1844 agrega, "si el vendedor compareciere se seguirá contra él sólo la demanda, pero el comprador podrá siempre intervenir para la conservación de sus derechos".

Que dada la facultad que la ley le concede á su representada para intervenir ó nó en el juicio, y habiendo expresado su voluntad clara y decidida de dejar al vendedor que litigue pide se tenga por contestada la demanda y sin valor la misma en lo que toca á su patrocinada.

Don Pedro Silva Herrera, por doña Juana Fariña, y por don Miguel 2º Comas, representante legal de su esposa doña Carmen Fariña, contestando por parte de dichas personas la demanda, pide que en definitiva sea ella desechada y expone: que sus representados rechazan la acción promovida de contrario por ser inexacto el fundamento que sirve de base á la misma.

Que el instrumento en que se apoya la demanda en traslado atestigua que doña Trinidad Fariña quedó autorizada judicialmente para vender sus propiedades raíces, debiendo para ello recabar el consentimiento y aprobación de don Joaquín Blest Gana.

Que este requisito se llenó por completo en el caso de que se trata, como aparece de la escritura pública que aquél suscribió, no en el carácter de mandatario de doña Trinidad Fariña, sino como persona investida de la facultad de intervenir con su aprobación en las ventas que aquélla hiciere de sus bienes raíces.

Que era excusada la concurrencia del señor Blest Gana al otorgamiento de la escritura si se presentaba á este acto como apoderado de la señora Fariña, ya que la intervención personal de esta última hacía innecesaria la del mandatario.

Que otorgada, como ha sido en el caso actual, la aprobación de parte del Juzgado en orden á que la señora Fariña pudiera disponer de sus inmuebles con el asentimiento del mencionado don Joaquín Blest Gana, no cabe dentro de nuestro régimen legal rever aquella autorización para los efectos de declararla ineficaz; pues ella pasó en autoridad de cosa juzgada como cualquier otro fallo judicial, de modo que no es lícito entrar á inquirir si el funcionario que prestó el concurso de su autoridad para las enajenaciones que hoy se trata de invalidar calificó bien la necesidad ó utilidad de tales ventas, pues el Juzgado estimó entonces que había mérito para otorgar la autorización que está actualmente en tela de juicio y en uso de las facultades de que lo investía la ley, se apresuró á concederla.

Que no vé donde está el obstáculo legal que impidiera al Juzgado aceptar el convenio de que se trata, ni los demandantes han señalado tampoco el vicio que pudiera afectarlo, de

modo que por ahora no hay antecedentes para la discusión de este punto.

Que aún en el supuesto de que las enajenaciones se hicieran sin la debida autorización judicial, es evidente que la falta de este requisito, exigido en consideración á ser casada en el caso actual la persona de cuyos bienes se trata, vicia solo de nulidad relativa el contrato; pues ese defecto se subsana por la ratificación de los interesados, ya se haga ella de una manera expresa ó de un modo tácito.

Que con motivo de la liquidación y pago de los alcances de que da testimonio la escritura, don Miguel 2º Comas suscribió á favor de doña Trinidad Fariña el pagaré que acompaña y que representa el saldo á favor de ella también y en contra de doña Carmen Fariña, que arrojó el arreglo de las cuentas pendientes, y ese documento fué transferido más tarde á don Pedro Fernández Labarca á quién lo pagó el señor Comas, quedando, por consiguiente, ratificado tácitamente el contrato que dió origen á aquella obligación.

Evacuados los trámites de réplica y dúplica en que demandante y demandado sostienen lo expuesto y pedido en sus escritos de demanda y contestación y refuerzan sus alegaciones, la causa se recibió á prueba, no rindiéndose testimonial por las partes durante el término concedido con tal fin.

Después de alegar demandante y demandado lo que estimaron convenir á su derecho, se oyó al señor Defensor de Menores, y se citó para sentencia.

En este estado de la causa doña Carmen Fariña v. de Comas presentó el escrito en el cual expresa que acompaña cuatro escrituras con las que comprueba que todos los demandantes, con excepción de don Justo Pastor Moreno en su calidad de marido de doña Ester Blest, se desisten del presente juicio.

El juez falló con fecha 31 de diciembre de 1904:

Considerando:

1º Que si es verdad que la venta de bienes raíces de la mujer casada llevada á cabo sin la correspondiente autorización judicial adolece de nulidad, no es menos cierto que dicha nulidad, tratándose del contrato de compraventa de que da cuenta y que ha dado origen al presente juicio, es solo relativa desde el momento que no es producida por un objeto ó causa ilícita ni por la omisión de algún requisito ó formalidades que las leyes prescriben para el valor del contrato en referencia en consideración á la naturaleza del mismo y porque los autos no arrojan antecedentes que den marjen para estimar que alguno de los contratantes que figuran en el expresado contrato, fuera á la fecha del mismo absolutamente incapaz;

2º Que, por otra parte, la autorización judicial exigida por la ley para la venta de bienes raíces de la mujer casada que el marido esté ó pueda estar obligado á restituir en especie, la ha establecido la ley por motivos y circunstancias de carácter personal que se relacionan con la misma mujer casada, esto es en su interés, pero sin que tenga atingencia alguna con las condiciones esenciales del contrato de compraventa;

3º Que siendo relativa la nulidad de que adolece el contrato, puede sanearse por el lapso de tiempo ó por la ratificación de las partes;

4º Que la acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contándose el cuadrienio, cuando procede de una incapacidad legal, como ocurre en el caso que motiva el presente juicio desde el día que haya cesado la incapacidad.

5º Que si es cierto que doña Trinidad Fariña, en su calidad de mujer casada, era incapaz en la fecha en que concurrió á celebrar el contrato, dejó de serlo en 22 de marzo de 1880, fecha en que por la sentencia corriente en copia, se declaró la separación de bienes entre ella y su marido, y que, en consecuencia, le habilitó para celebrar los actos y contratos relativos a la administración y goce de sus bienes;

6º Que dado lo expuesto en el considerando anterior, el plazo de cuatro años dentro del cual doña Trinidad Fariña pudo deducir la acción rescisoria procedente de la nulidad del contrato, principió á correr el 22 de marzo de 1880 y expiró en el mismo mes y día del año 1884, esto es, cerca de dos años antes de su fallecimiento, ocurrido el 17 de marzo de

1886, según se expresa en el certificado; y

7º Que dada la particularidad apuntada en el considerando anterior, doña Trinidad Fariña no ha podido trasmitir á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria, por cuanto á su fallecimiento dicha acción había ya prescrito; y si es cierto que el marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, no lo es menos que en el caso que motiva el presente juicio, el demandante señor Federico Blest ha perdido también dicho derecho, por cuanto ratificó expresamente el contrato que corre en copia, según se expresa en la escritura.

De conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores y lo dispuesto en los artículos 159, 1682, 1694, 1691 y 1754 del Código Civil y 151 del de Procedimiento, se declara: que no ha lugar á la demanda debiendo las costas de la causa ser pagadas por las partes en la cuota ó proporción que cada una las hubiere causado.—*Gabriel Rencoret.*

Apelada esta sentencia.

La Corte:

Vistos se confirma, sin costas del recurso, la resolución apelada de 31 de diciembre último.

Acordada contra el voto del señor Ministro Herrera, don Juan Crisóstomo, quien estuvo por revocar la resolución de primera instancia y dar lugar á la demanda en la cuota que corresponde al demandante que no se ha desistido de su acción, en los bienes reivindicados, á virtud de los fundamentos que consigna en el libro de votos especiales.—*Elías de la Cruz.—J. C. Herrera.—Horacio Pinto Agüero.*

VOTO ESPECIAL

En la causa de don Federico Blest con doña Juana Fariña y otros sobre reivindicación y nulidad, el que suscribe ha opinado por dar lugar á la demanda en la cuota que corresponda al demandante que no se ha desistido, en los bienes reivindicados, á virtud de las siguientes consideraciones.

Ha habido acuerdo en todos los miembros del Tribunal en considerar nula la enajenación que doña Trinidad Fariña hizo en la escritura de varias de esas propiedades raíces por haber estado casada en esa fecha y no haber obtenido autorización judicial; pero la mayoría ha estimado saneada esta nulidad por no haberse reclamado oportunamente, pues, habiendo obtenido separación de bienes la vendedora algún tiempo después del contrato, trascurrieron más de cuatro años desde dicha separación hasta su fallecimiento.

El infrascrito no lo cree así.

Se funda en que, si bien la mujer casada, por la simple separación, recobra la administración de los que á ella le pertenecen, esta administración no es plena, pues hay ciertos actos que no puede ejecutar por sí sola, como es la enajenación de sus bienes raíces, para los cuales necesita autorización judicial con conocimiento de causa, rigiendo en esta parte lo dispuesto en los artículos 134 y 1754 del Código Civil, que no se modifican por causa de la separación.

La mujer casada es incapaz: esta es la regla general consignada en el artículo 1447 de dicho Código, pero como esta incapacidad es relativa, «sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por la ley»; de modo que la validez de los actos que la mujer puede ejecutar durante la separación, es una excepción á la regla general que la hace incapaz para todo contrato durante el matrimonio, regla que queda vigente en todo lo demás en que la ley exige formalidades especiales, por el solo hecho de ser casada.

Si por esta causa la mujer es incapaz para enajenar sus bienes raíces, incapaz continúa siendo después del contrato, mientras existe la misma causa, esto es, mientras no se disuelva el matrimonio, ya sea que el acto haya tenido lugar antes ó después de la separación de bienes, pues ambas situaciones son análogas y en una y en otra se exigen los mismos requisitos.

No puede ponerse en duda que la incapacidad de la mujer es la que vicia de nulidad la venta que hiciera de un bien raíz sin obtener

a autorización judicial, porque este requisito lo exige la ley en consideración á ser casada la vendedora, pues si no lo fuera podría celebrar el contrato por sí sola.

La incapacidad de alguno de los contratantes, juntamente con la violencia, el error y el dolo, son las causales que producen nulidad relativa, y no teniendo cabida en el caso actual ninguna de estas últimas, no puede menos de reconocerse que es la primera la que la produce.

Ahora bien, cuado la nulidad proviene de una incapacidad legal, el cuadrienio para pedir la rescisión se cuenta desde el día en que haya cesado esta incapacidad, artículo 1691, es decir, desde la disolución del matrimonio, que es lo que hace hábil á la mujer para contratar libremente y no la simple separación de bienes, pues en este estado, como se ha visto, tampoco puede enajenar sus bienes raíces, sin autorizacion judicial, y si lo hace, el acto es también nulo.

No sería lógico reconocer en la mujer separada de bienes incapacidad para vender por sí sola sus bienes raíces, y al mismo tiempo, que corre en contra de ella el cuadrienio que se le confiere para reclamar de ese acto nulo, para lo cual se exige que haya cesado la incapacidad.

Habría una verdadera contradicción entre estas dos situaciones, por un lado incapacidad para celebrar el contrato y por el otro capacidad para correr la prescripción.

Por otra parte, para reclamar la nulidad de la enajenación defectuosa, debe la mujer presentarse judicialmente y según el artículo 159, inciso final del Código citado, la mujer separada de bienes necesita de la autorización de su marido ó de la justicia en subsidio para estos juicios.

Esta circunstancia deja más de manifiesto que el cuadrienio no puede correr contra una persona que la ley declara inhábil para toda gestión judicial, ó lo que es lo mismo, en estado de incapacidad.

Otro antecedente que corrobora esto mismo es la de no poder ratificar la mujer el contrato; según el artículo 1697, no vale la ratificación del que no es capaz de contratar, y es evidente que la mujer no puede durante la separación celebrar esa clase de contratos.

De nada serviría que ratificara la enajenación de un bien raíz, hecha antes de la separación sin autorización judicial, porque esa ratificación adolecería del mismo defecto del contrato primitivo y sería también nula, por proceder de una persona que era incapaz para celebrarlo; y siendo incapaz, no puede correr el tiempo para reclamar.

Sea, pues, cual fuera el aspecto en que se considere la presente cuestión, tiene que llegarse al resultado de que la mujer separada de bienes es incapaz, y como tal no puede vender por sí sola sus bienes raíces, ni ratificar los que antes de la separación hubiera vendido ni comparecer en juicio á deducir la acción correspondiente; y en consecuencia, no ha podido correr en contra de doña Trinidad Fariña, durante su vida, el cuadrienio que la ley le concede para pedir la rescisión, ni tampoco después de su muerte sus herederos menores de edad, porque también eran incapaces y gozaban del mismo privilegio, según el artículo 1692 del mismo Código.

En tal caso, la demanda se ha interpuesto dentro de término y procede á favor del demandante que no se ha desistido.

Santiago, 3 de noviembre de 1906.—*J. C. Herrera.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Concepción—22 de octubre de 1906

Carrasco v. de G. con del Río

Querella.—Lista de testigos.—Plazo para presentarla.

DOCTRINA:—*No debe procederse al examen de los testigos del querellado si éste no presentó su lista de testigos antes de las doce del día anterior al designado para la audiencia, sino este mismo día; sin que valga la circunstancia de no haber tenido lugar el comparendo ese día sino muchos días después.*

Doña Delfina Carrasco v. de González interpuso querella posesoria contra doña Amelia del Río.

Al presentarse prueba por la parte del querellado, se observó por la parte querellante que no debía procederse al examen de los testigos del querellado, por cuanto no se había cumplido con lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 706 del Código de Procedimiento Civil y que á ese respecto formulaba incidencia.

Oída la parte del querellado, pidió que se desechara con costas la incidencia, porque la lista de testigos de su parte ha sido presentada con mucha anterioridad á la audiencia de hoy.

El Juzgado de Yumbel resolvió:

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo citado y artículo 67 del mismo Código, se declara que ha lugar al incidente formulado, sin costas.—*G. Sanhueza C.*

Notificadas las partes de esta resolución, el querellado expuso que apelaba; el Juzgado teniendo presente lo dispuesto en el artículo 217 del citado Código, concedió la apelación sólo en el efecto devolutivo, con citación y emplazamiento.

La Corte:

Se confirma la resolución apelada contenida en el acta de comparendo de 22 de septiembre último.

Acordada contra el voto del señor Ministro Parga, quien estuvo por revocar la resolución apelada y declarar sin lugar el incidente pro-

movido en la referida acta, en virtud de las consideraciones siguientes:

1º Que la citación á comparendo para el día 6 de septiembre con el objeto de recibir la prueba no surtió efecto por haber faltado Juez que subrogase al propietario;

2º Que por este motivo y con idéntico fin se citó á comparendo para el 22 del indicado mes, siendo indudable que esta última ha sido la citación útil que ha habido para recibir las declaraciones de los testigos;

3º Que habiéndose exhibido la lista de los que se proponía hacer examinar la parte querellada el día 6, la presentación tuvo lugar muchos días antes de examen de los testigos;

4º Que el objeto de la ley al disponer en el artículo 706 del Código de Procedimiento Civil que la lista de testigos se presente por lo menos un día antes de tener lugar la sesión de prueba, no puede ser otro sino el de que la contraparte pueda conocerlos á fin de tacharlos si hubiese lugar á ello, y en el presente caso ha quedado satisfecho ese propósito.

Se previene que esta sentencia ha sido pronunciada sin vista de la causa, en virtud de lo prescrito en el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil por haber desaparecido la discordia acaecida en la primera.—*Exequiel Figueroa Lagos.—Juan N. Parga.—E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

———

Corte de Tacna.—27 de septiembre de 1906

Ferrocarril Salitrero con Compañía Minera Copaquire

Curador de bienes del ausente.—Ausente.—Persona jurídica

DOCTRINA:—*El nombramiento de curador de bienes de un ausente sólo se puede provocar respecto de una persona natural y no de una persona jurídica.*

Las personas jurídicas, tanto las que se rigen por el Código Civil como las que están sometidas al Código de Comercio, son personas ficticias creadas por la ley y no son susceptibles de ser declaradas presentes ó ausentes en el sentido que la ley dá á esta palabra.

Interpuesta demanda por el Ferrocarril Salitrero contra la Compañía Minera Copaquire, pidió el demandante que se declarara ausente á la Sociedad demandada y que se le nombrara en consecuencia un curador de bienes. El juzgado resolvió:

Iquique, 17 de julio de 1906.—Vistos: con lo dictaminado por el señor Defensor de ausentes y teniendo presente que la Compañía Minera Copaquire demandada tiene domicilio conocido, visto lo dispuesto en los artículos 473 del Código Civil y 1023 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar lo solicitado por el demandante.—*Roberto Alonso.*

Apelada esta resolución:

La Corte:

Vistos: teniendo presente:

1º Que por la sentencia interlocutoria apelada, de 17 de julio último, se ha resuelto el incidente promovido en este juicio para que se declare ausente a la Sociedad Minera Copaquire y se le nombre, en consecuencia, un curador de bienes que la represente;

2º Qué, según la definición del artículo 343 del Código Civil, se llaman curadores de bienes los que se dan á los bienes del ausente, á la herencia yacente y á los derechos eventuales del que está por nacer;

3º Que, respecto del primer caso, que es el pertinente á la cuestión, las únicas disposiciones aplicables son las consignadas en los artículos 473 á 480 inclusive del citado Código y su simple lectura da á conocer que el cargo del curador de bienes de un ausente sólo se puede provocar respecto de una persona natural, no de una persona jurídica, pues dice el artículo 477 «si el ausente ha dejado mujer no dirvociada», el 478 «si la persona ausente es mujer casada», y así de las demás;

4º Que, por otra parte, las personas jurídicas, tanto las que se rijen por el Código Civil como las que están sometidas á las prescripciones del Código de Comercio, son personas ficticias creadas por la ley y tendrán ó no existencia legal, según los casos y circunstancias; pero no son susceptibles de ser declaradas presentes ó ausentes en el sentido que la ley da á estas palabras. Así, no puede declararse ausente á un club porque ha desaparecido su presidente ni á un Banco porque se ignora el paradero de su Gerente ó Administrador. Para tales casos el procedimiento legal es otro, no el de provocar el nombramiento de un curador;

5º Que por lo expuesto en los dos considerandos que preceden, la petición de nombrar curador de bienes á la Sociedad Minera de Copaquire, previa declaración de su ausencia, es improcedente en derecho y debe desecharse sin más trámite.

Por estas consideraciones, se confirma la resolución apelada citada en el primer considerando de esta sentencia, con costas, del recurso.

Redactada por el señor Ministro Cisternas Peña.—*P. Roberto Vega.—E. Barros.—E. Cisternas Peña.—M. A. Quirell.*

Corte de Talca.—20 de octubre de 1906

Azócar con Aliberti

Tercería de dominio.—Venta de inmueble.—Bienes inmuebles por destinación.—Carruaje; caballos.—Embargo.—Puntos de prueba.—Minutas

DOCTRINA:—*Si se vende una chacra con todos los muebles existentes en ella, deben entenderse incluidos en la venta el carruaje y caballos del fundo.*

Si el comprador acredita además que el carruaje estaba destinado permanentemente al servicio del fundo vendido, ese bien se reputa inmueble por su destino, á virtud de lo dispuesto en el artículo 570 del Código Civil y está por tanto incluido en la venta.

Procede en consecuencia la tercería de dominio interpuesta por el comprador y debe alzarse el embargo trabado en esos bienes en ejecución seguida contra el vendedor y hacerse entrega de ellos al tercerista.

El juez debe fijar puntos de prueba hayan ó no presentado minutas las partes.

Doña Mercedes y Delfina Azócar, se presentaron al Juzgado de Parral exponiendo: que en la ejecución por cobro de pesos que don Miguel Aliberti sigue en contra de doña Margarita Ferrara, se ha trabado embargo en un coche y caballos, de propiedad de las parecientes y que hubieron por compra que de él hicieron á la señora Ferrara, por escritura pública otorgada en Linares el 5 de marzo de 1903.

De la escritura aludida consta que en la compra de la chacra San Pedro se incluyeron todos los muebles, útiles y enseres existentes en ella, entre los cuales se incluyen naturalmente el carruaje y caballos mencionados.

En consecuencia, deducen tercería de dominio y piden al Juzgado que, teniéndola por deducida, se sirva mandar alzar á su tiempo el embargo á que se han referido y hacerles entrega de los bienes embargados, con costas y perjuicios.

Contestando la tercería don Miguel Aliberti, dice: que la interpretación y alcance que las terceristas dan á la frase "enseres y útiles de labranza", no puede incluir el coche y caballos embargados y que, por consiguiente, la compra hecha por las terceristas, no puede comprender estas especies que la señora Ferrara no les ha vendido y pide se deseche la tercería con costas y se cite para sentencia, por ser esta cuestión de simple derecho, ya que las partes están en completo acuerdo en cuanto á los hechos.

En rebeldía de la parte ejecutada, se mandó citar para sentencia y el Juzgado de Parral con fecha 26 de julio de 1906, resolvió:

Teniendo presente:

1º Que en la cláusula 1ª de la escritura de compraventa, se expresa que en la venta de la chacra San Pedro se incluyen todos los animales y útiles de labranza que hay en el predio;

2º Que en la parte final de la misma escritura se agrega que en la venta de la aludida chacra se incluyen también todos los muebles que hay en ella;

3º Que, aunque en la primera de ambas estipulaciones, deben entenderse incluidos los caballos cocheros que han sido embargados y que no se ha insinuado siquiera que á la fecha de la venta no se hubieran encontrado en el fundo aludido, no puede decirse igual cosa del carruaje, que no es posible incluir ni entre los útiles de labranza, ni entre los muebles de casa;

4º Que, á mayor abundamiento, de la diligencia de embargo consta que el aludido coche no se encontraba en la chacra San Pedro cuando fué embargado, sino en la bodega de este pueblo, por lo cual no cabe incluirlo entre los muebles vendidos junto con la chacra ya mencionada.

Por estos fundamentos y de conformidad á lo dispuesto en los artículos 1811, inciso 2º, y 1698 del Código Civil y 359 del de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar á la tercería únicamente en cuanto á los caballos cocheros que han sido embargados y no en cuanto al coche y que, en consecuencia, debe alzarse el embargo de dichos caballos y hacerse entrega de ellos á las terceristas, sin costas. —*B. Arrau Méndez.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: completando la exposición de la sentencia de primera instancia con la circunstancia de que se rindió por las terceristas la prueba que corre en autos, suprimiendo los considerandos 3º y 4º y

Teniendo en su lugar presente:

1º Que los caballos y el carruaje están comprendidos en las cosas vendidas, aquéllos como animales y éste como uno de los muebles existentes en la chacra San Pedro;

2º Que así lo han entendido los contratantes, según se desprende de lo expuesto por la vendedora y las compradoras;

3º Que, á mayor abundamiento, con la prueba rendida por las terceristas se ha acreditado que el carruaje estaba destinado permanentemente al servicio del fundo vendido y por consiguiente, á virtud de lo dispuesto en el artículo 570 del Código Civil, se reputaba inmueble por su destino.

De acuerdo con lo dispuesto en la disposición citada y artículos 1830 del Código Civil y 151 y 330 del de Procedimiento Civil, se revoca en la parte apelada la sentencia de 25 de julio último y se declara: que ha lugar también á la tercería de dominio con respecto al coche, debiendo suspenderse el embargo, con costas de toda la causa en que se condena al ejecutante.

Se llama la atención al Juez Letrado de Parral acerca de lo dispuesto en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil que le ordena fijar puntos de prueba hayan ó no presentado minutas las partes, prescripción con que no se ha cumplido en esta causa.

Redactada por el señor Ministro Barros Merino.—*F. Urrutia.—D. M. Lois.—José Agustín Barros.*

———

Corte de Talca.—15 de octubre de 1906

Bravo con Barrios

Hijo legítimo.—Gastos de su crianza y educación.—Segundas nupcias—Sociedad conyugal.—Cónyuge sobreviviente.—Bienes propios del menor; necesidad de recurrir á ellos.

DOCTRINA:—*Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos son de cuenta de la sociedad conyugal,*

pero si el hijo tuviere bienes propios se podrán sacar de ellos los gastos de su establecimiento y sólo en caso de necesidad los de su crianza y educación.

Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento del hijo incumben al sobreviviente en la misma forma anterior.

En conformidad á lo dispuesto en el número 5º del artículo 1740 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y de los descendientes comunes y de toda carga de familia y se mirarán como tales los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado á dar á sus descendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, pudiendo el juez moderar estos gastos si le parecieren excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge.

En consecuencia, si una mujer que tiene un hijo menor de un matrimonio precedente contrae segundas nupcias y aporta á este matrimonio bienes suficientes para atender á la crianza y educación de este hijo, no hay necesidad de recurrir á los bienes del menor y debe desecharse la demanda del segundo marido que, muerta la madre, cobra los gastos de crianza y educación de ese hijo durante el tiempo que su madre lo retuvo á su lado para prodigarle sus atenciones y cuidados.

Don José L. Bravo interpuso demanda contra don Juan F. Barrios, en su carácter de curador general del interdicto Eliseo 2º Alvarado, para que se declarara que debe pagársele, dentro de tercero día desde que cause ejecutoria la sentencia, los gastos de vestuario, de alimentación y casa y de un mozo, irrogados por Alvarado, á razón de $ 20 mensuales los primeros, $ 40 los segundos y $ 8 los últimos ó, en subsidio, los que el Juez tenga á bien regular, durante un lapso de tiempo que Eliseo 2º Alvarado estuvo residiendo con el demandante y á su cuidado, ó sea, desde el 3 de agosto de 1895 hasta el 11 de marzo de 1901, los intereses legales desde la contestación de la demanda y las costas de este juicio.

Relacionando los fundamentos de su demanda, expone el señor Bravo: "don Eliseo 2º Alvarado vivió en mi casa desde el 3 de agosto de 1895 hasta el 11 de marzo de 1901 y durante todo ese tiempo lo atendí con el esmero que sólo pudiera haber exigido de su padre, sin que jamás sus curadores don Epaminondas Valenzuela primero y don Zacarías González después, tuvieran que gastar ni un sólo centavo por él, aunque administraban todos sus bienes y percibían sus entradas.

"El 11 de mayo ya citado, falleció mi esposa doña Deidamia González y entonces su curador González, comprendiendo talvez que esta desgracia me impedía continuar atendiéndolo en la forma que antes lo hacía, lo retiró de mi casa y lo confió á don Alipio González, quien podía y debía prestarle mejores atenciones por encontrarse casado con su hermana doña María del Carmen Alvarado.

"El señor González no se acordó en aquel tiempo de pagarme lo que por su pupilo me debía, ni yo me preocupé de cobrarle porque pensaba renunciar este derecho si sacaba algunos gananciales de la sociedad conyugal que había tenido con la señora González, madre lejítima de don Eliseo 2º Alvarado.

"La liquidación de esta sociedad me dió á conocer que no sólo no existían ganancias sino que yo no podía retirar íntegros mis aportes por resultar en mi contra una pérdida de 12.000 y tantos pesos, según consta de la copia autorizada que acompaño.

"Esta pérdida que en gran parte se debe á que, por causas que no es del caso mencionar aquí, no se rebajaron de los aportes de mi esposa, varias cantidades de las que por ella pagué por sus deudas anteriores al matrimonio que conmigo contrajo, no me permite ser para con el señor Alvarado tan generoso como deseaba serlo.

"Este caballero entró á su mayor edad el año próximo pasado y por resolución de US.

fechada en noviembre último, si mis recuerdos no me engañan, fué declarado en interdicción nombrándosele como curador á don Juan F. Barrios, quien hasta hoy se encuentra desempeñando este cargo.

"He pedido al señor Barrios que me pague lo que por su pupilo se me adeuda y se ha negado á hacerlo, fundándose en que no puede pagarme sino á virtud de una sentencia judicial que determine el monto de la cantidad adeudada y ordene el pago, á fin de evitar cargos que posteriormente podrían hacérsele.

"Encuentro justificados los escrúpulos del señor Barrios y muy á mi pesar véome en el caso de iniciar la presente demanda en su contra, esperando confiadamente que la integridad del Tribunal se servirá resolver en definitiva como más adelante lo pediré.

"Dado el antecedente de que ninguna relación de parentesco me liga con don Eliseo 2º Alvarado, creo no tener necesidad de ocuparme en demostrar mi perfecto derecho para cobrarle lo que por él gasté durante los cinco años siete meses que lo tuve á mi lado, y menos todavía si se tiene presente que dicho señor es un caballero bastante rico.

"Lo que podría ofrecer alguna dificultad es determinar el monto de la cantidad adeudada por no haberle llevado su cuenta de gastos, omisión que se esplica satisfactoriamente con lo que mas atrás dejo expuesto.

"Esta dificultad puede salvarse fácilmente tomando en cuenta los gastos que por él han hecho las personas que lo han tenido desde el día que se retiró de mi casa.

"Su cuñado señor Alipio Gajardo lo atendió desde el 11 de mayo de 1901 hasta el mes de noviembre último y durante este tiempo los gastos sólo en vestuario, según cuentas presentadas por el señor Gajardo, arrojan un término medio de $ 15 mensuales, siendo de advertir que jamás le proporcionó una ropa de casimir ni buenos zapatos, etc.

"Por este motivo creo que sin exageración alguna pueden calcularse en $ 20 mensuales los gastos que en vestuario del expresado señor Alvarado hice durante el tiempo que lo tuve en mi casa.

"Lo que el señor Gajardo haya cobrado por casa y alimento lo ignoro, pues sólo sé que en repetidas ocasiones ha exigido que se le pague á pesar de ser cuñado y tener la espectativa de adquirir su herencia.

"Estimo la cantidad que á mí se me debe por esa causa en la suma de $ 40 mensuales ó en subsidio en la misma que, por hoy, fije como equitativa don Juan F. Barrios.

"Debe también pagárseme el sueldo de un mozo que siempre tuve al cuidado de Alvarado porque, como es público y notorio, este caballero desde los primeros años ha sufrido de una enfermedad que lo imposibilita hasta para vestirse por su mano.

"Este sueldo importa $ 9 mensuales y para demostrar que no hay exageración en las cantidades que cobro, debo hacer presente al Juzgado que la enfermedad que don Eliseo 2º ha padecido siempre, y por la cual se le declaró en interdicción, es una demencia furiosa que lo induce muy á menudo á destruir por completo la ropa y cuanto encuentra á mano, gozando de momentos lúcidos sólo cuando se le alimenta muy bien, se le proporciona distracción y se le satisfacen todos sus caprichos.

"Siendo necesario tomar en cuenta los bienes del pupilo para determinar sus gastos, debo hacer presente que don Eliseo 2º Alvarado posee los siguientes; $ 15.865,22 que adquirió por herencia de su padre don Eliseo Alvarado; $ 6.223,13 que le correspondieron en la partición de los bienes de su finada madre doña Deidamia González; y $ 10.000 más ó menos, que le corresponden por sus finados hermanos Manuel Antonio y Zoila R. Alvarado, herencia que se encuentra actualmente en partición."

Contestando la demanda don Juan Francisco Barrios, curador del insano don Eliseo 2º Alvarado, solicita que se niegue lugar á la demanda, con costas.

En defensa de los derechos de su pupilo opone las cuatro excepciones que siguen:

1º Improcedencia contra la persona del demandado;

2º Inexistencia de la deuda cuyo pago se exige;

3º Falta del título que la ley requiere; y

4º Prescripción.

Explicando los fundamentos á cada una de esas excepciones, dice:

Primera excepción: dice el demandante que durante los cinco años que proveyó á la alimentación, vestuario y cuidado personal del menor Eliseo 2° Alvarado, hoy en interdicción por demencia, eran guardadores de éste don Epaminondas Valenzuela durante el primer año y don Zacarías González durante los once restantes.

Siendo ello así ¿por qué entonces el señor Bravo dirige su demanda contra don Juan F. Barrios.?

No desconocerá el demandante que el deber más elemental de los guardadores es suministrar lo necesario para la cóngrua sustentación de sus pupilos y que la continuada negligencia de aquéllos en este punto, es causal suficiente para removerlos de sus cargos.

Tal es lo que disponen los artículos 438, 431 y 434 del Código Civil.

En consecuencia, si como dice el demandante, los señores Valenzuela y González durante el tiempo que ejercieron la guarda del menor Alvarado se desentendieron por completo de su obligación tan elemental, ellos y nadie más son los responsables de una falta de cumplimiento de su deber y con eso nada tiene que hacer el actual guardador del interdicto don Juan F. Barrios.

Se esplicaría que se dirigiese la demanda en contra de éste, si el responsable de los actos de su guardador fuere el menor, y éste con sus bienes estuviese obligado á responder de las faltas de aquéllos; pero como es un contrasentido pretender tal cosa, resulta que el demandante ha errado el camino al dirigirse contra quien se ha dirigido.

Segunda excepción: Inexistencia de la deuda cuyo pago se exige.

La demanda si bien se examina se reduce á esto: don José L. Bravo contrajo matrimonio con doña Deidamia González viuda de don Eliseo Alvarado.

A la viuda González le quedó de su primer esposo un hijo menor Eliseo 2°, que después de su segundo matrimonio, siguió viviendo á su lado y á quien ella y su nuevo esposo alimentaron, cuidaron y vistieron.

Muere la señora González y su hijo sale de casa de su padrastro, quien deja pasar cuatro años y se presenta demandando judicialmente el pago del hospedaje, alimentación, vestuario y cuidado personal del hijo de su difunta esposa.

Así esclarecida la demanda, la cuestión queda muy sencilla, pues se reduce á averiguar si los gastos de crianza y el cuidado personal de un hijo legítimo en su menor edad, corresponden á la madre sobreviviente que contrae segundas nupcias.

Agrega que estudiando la cuestión ante la ley natural, es indudable que la madre está obligada á la crianza y educación de sus hijos menores, aunque concurra la circunstancia de haber contraído nuevo matrimonio, porque se trata de una obligación sagrada inherente al hecho mismo de ser madre.

Estudiando ahora, continúa el demandado, la cuestión ante la ley positiva, tenemos al respecto las disposiciones de los artículos 222, 229 y 228, inciso final, del Código Civil, que no hacen sino consagrar de una manera clara y terminantemente lo que, según hemos visto, establece la ley natural.

Según los artículos citados, muerto uno de los padres toca al sobreviviente el cuidado personal y los gastos de crianza del hijo, y tocante á que el padre ó madre sobreviviente hayan pasado á segundas nupcias, la ley no hace distinción alguna al respecto, y cuando la ley no distingue, tampoco el que la interpreta debe distinguir.

Por consiguiente, así ante la ley natural como ante la civil el cobro que hace el señor Bravo no tiene razón de ser; la esposa del señor Bravo, como madre legítima del menor Alvarado, estaba obligada á hospedar á éste á su lado y cuidarlo personalmente, alimentarlo y vestirlo, ó sea, á correr con los gastos de crianza de su hijo, que son los que cobra el señor Bravo, sin que por las gestiones á que esos servicios se refieren pueda exigirse ninguna remuneracion en dinero.

Luego el señor Bravo cobra una deuda pecuniaria que no existe, cobra lo que no se le debe.

Tercera excepción: Liquidando la deuda imaginaria cuya solución se exije, arroja el siguiente resultado:

Por casa y alimentación del menor Alvarado durante cinco años, á razón de $ 40 mensuales, $ 2.400.

Por vestuario, á razón de $ 15 mensuales, $ 1.200.

Por un mozo, á razón de $ 9 mensuales, $ 540.

Lo que hace un total de $ 4.140.

La cuenta presentada sube, pues, á unos miles, pero sin duda que al presentarla olvidó el señor Bravo la prescripción del artículo 1709 del Código Civil, que me permitiré citarle aquí:

"Deberán constar por escrito los actos ó contratos que contienen la entrega ó promesa de una cosa que valga más de $ 200."

¿Consta por escrito el acto ó contrato por el cual el señor Bravo se obligó á hospedar, alimentar y vestir al menor Eliseo 2º Alvarado y éste ó su guardador á pagar la cantidad de 4.000 y tantos pesos por las prestaciones á que esos servicios se refieren?

No hay constancia alguna escrita, ó lo que es lo mismo, le falta al acto ó contrato de que proviene la deuda demandada judicialmente un requisito ó formalidad que la ley exige, so pena de nulidad absoluta, para que tenga valor el acto ó contrato.

Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las prescripciones de los artículos 1682 y 1693 del Código Civil.

Cuarta excepción: La acción que tiene el señor Bravo para cobrar los servicios á que se refiere su demanda, es de aquellas que, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 2522 del Código Civil, prescriben en dos años.

Los cinco años que dice el demandante hospedó en su casa al hijo de su esposa y durante los cuales asegura haberle proporcionado alimentos, vestuario y cuidados, expiraron, según aparece de la demanda, el 11 de marzo de 1901.

Desde esa fecha hasta el presente van trascurridos más de cuatro años.

La acción entablada por el señor Bravo hace pues más de dos años á que está prescrita.

No hubo escritos de réplica ni dúplica.

Se formuló por el mismo demandado un incidente relativo á la improcedencia de la prueba testimonial por tratarse de cobros de cantidades mayores de $ 200, que se reservó para apreciarlo en la sentencia definitiva.

Se recibió la causa á prueba y sólo se rindió por el demandante la testimonial que corre en autos.

El Juez de Curepto, con fecha 6 de agosto de 1906, resolvió.

Considerando:

1º Que se halla debidamente comprobado que el insano Eliseo 2º Alvarado vivió con don José Luis Bravo desde el 3 de agosto de 1895 hasta el 11 de marzo de 1901, y que el señor Bravo le proporcionó durante ese tiempo alimentos, ropa y las atenciones esmeradas correspondiente á la situación social de su familia;

2º Que el mismo demandado ha reconocido expresamente que Eliseo 2º Alvarado vivió al lado del demandante y su esposa doña Deidamia González, limitándose á negarle el derecho para cobrar la remuneración ó pago de los gastos que demanda, por cuanto los que se originen de la crianza, educación y establecimiento de los hijos corresponden al sobreviviente en los términos del inciso final del artículo 228 del Código Civil;

3º Que el inciso citado en el considerando anterior establece que si un hijo tuviese bienes propios, los gastos de su establecimiento y en caso necesario, los de su crianza y educación podrán sacarse de ellos, conservando íntegros los capitales en cuanto sea posible;

4º Que según consta, de la partida, don José L. Bravo contrajo matrimonio con doña Deidamia González, madre de don Eliseo 2º Alvarado, el 3 de agosto del año 1895 y, por lo tanto, desde esta fecha se formó sociedad de bienes entre los cónyujes tomando el marido la administración de los de la mujer en conformidad á las reglas legales;

5º Que la mujer por sí sóla no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad;

6º Que según lo preceptuado en el número 5º del artículo 1740 del Código Civil, la sociedad es obligada al pago de los gastos de mantenimiento de los cónyuges; de mantenimiento, educación y establecimiento de los descendientes comunes y de toda otra carga de familia,

ıya prescripción no comprende á don Eliseo ' Alvarado que es solo hijo de la cónyuge di- nta;

7º Que tampoco se halla comprendido en el ciso 5º citado en el considerando que prece- :, por cuanto en este se hace referencia á los limentos que uno de los cónyuges está obli- ado por la ley á dar á sus descendientes con rreglo á lo dispuesto en el título 18 del libro ? del Código Civil;

8º Que no pesando sobre la sociedad conyu- al, de que era jefe don José L. Bravo, la obli- ación de correr con los gastos de crianza, de ›stenimiento y vestuario de don Eliseo 2º lvarado, se hacía por tal motivo indispensa- le recurrir para ello á sus bienes propios y, or lo tanto, ocurre el caso de necesidad pre- isto en el inciso final del artículo 228 del Có- igo citado;

9º Que se ha demostrado con el certificado ue Alvarado recibió por herencia de su ma- re doña Deidamia González la cantidad de 6.223,13;

10. Que la demanda se dirige contra don uan F. Barrios en su carácter de guardador ;eneral del interdicto, que es el obligado al ıago de los gastos que cobra el demandante;

11. Que no es aplicable al caso de que se tra- a la disposición contenida en el artículo 1709 lel Código Civil, por cuanto lo que se cobra on gastos ó prestaciones pequeñas inferiores ıada una de ellas á la cantidad de $ 200 y neramente estimativa de servicios prestados ; que no se hacen derivar de una estipulación :oncreta y determinada;

12. Que tampoco es procedente el artícu- o 1708 del mismo Código por la razón indi- cada en el considerando que antecede y, por lo tanto, la prueba testimonial es perfecta- mente admisible;

13. Que aun suponiendo la hipótesis de no ser admisible la prueba de testigos para de- mostrar el monto de la cantidad adeudada, lo sería para establecer la existencia de los ser- vicios prestados, para que sean avaluados por el Juez, como se pide subsidiariamente en la demanda;

14. Que la prescripción del inciso 3º del ar- tículo 2522 del Código Civil se refiere al pre- cio de los servicios de la naturaleza de los , que se citan allí como ejemplo y que se acostumbra pagar al contado ó á plazo cor- to y que se prestan por personas que se dedi- can habitualmente á ellos, entre los cuales no se hallan comprendidos los gastos que cobra don José L. Bravo en la demanda.

Por los fundamentos expuestos y conforme á lo preceptuado en los artículos 20, 135, 229, 155, número 3º, 1559, número 1º, 1749 y 1752, además de los citados anteriormente del Código Civil, se declara: que la prueba tes- timonial es admisible y que ha lugar á la de- manda en cuanto por ella se pide el pago de los gastos de vestuario, casa y alimento y atención personal del insano Eliseo 2º Alvara- do que cobra á su guardador general don Juan F. Barrios don José L. Bravo y que serán re- gulados por el Juez, previo informe de un pe- rito que se nombrará el tercer día desde que cause ejecutoria la sentencia, en la forma or- dinaria y además los intereses legales de la cantidad á que asciende la deuda, desde la contestación de la demanda, y sin costas, por estimar el Juez que han existido razones plausibles para litigar.—*Carlos Muñoz.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: reproduciendo la esposición de los hechos de la sentencia de primera instancia; y

Teniendo presente:

1º Que absolviendo don José L. Bravo las posiciones, reconoce que es efectivo que el menor Eliseo 2º Alvarado vivía con su madre doña Deidamia González y que cuando ésta contrajo segundas nupcias retuvo á su lado á su hijo por su propia voluntad con el objeto de prodigarle sus atenciones y cuidados ma- ternales;

2º Que esto prueba que no fué el señor Bravo sino su cónyuge la que cuidó del me- nor y al proceder así la señora González cumplió con el deber que impone al padre y á la madre el artículo 222 del Código Civil respecto á la crianza y cuidado personal de los hijos;

3º Que según el artículo 228 del mismo Código, los gastos de crianza, educación y

establecimiento de los hijos son de cuenta de la sociedad conyugal; pero si el hijo tuviere bienes propios se podrán sacar de ellos los gastos de su establecimiento y sólo en caso de necesidad los de su crianza y su educación;

4º Que lo mismo determina el artículo 229 del citado Código para el caso de muerte de uno de los padres, respecto del padre ó madre sobreviviente;

5º Que consta de autos que la señora González aportó á su segundo matrimonio más de $ 80.000 y tenía, por lo tanto, bienes suficientes con qué atender á su hijo Eliseo 2º Alvarado sin necesidad de recurrir á los bienes de éste;

6º Que el hecho de haber vivido el menor al lado de su madre en su propia casa, no ha disminuido el haber social;

7º Que no se ha probado que el señor Bravo pagara un mozo especial que tuviera al cuidado inmediato del menor;

8º Que, en conformidad á lo dispuesto en el número 5º del artículo 1740 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y de los descendientes comunes, y de toda carga de familia y se mirarán como tales los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado á dar á sus descendientes, aunque no lo sean de ámbos cónyuges, pudiendo el juez moderar estos gastos si le parecieren excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge;

9º Que no hay en autos antecedentes de los cuales aparezca que el señor Bravo haya reclamado de los gastos á que este juicio se refiere, á fin de que el juez los moderara y no deben, por lo tanto, tenerse como excesivos.

En conformidad á las disposiciones legales citadas y á lo dispuesto en los artículos 1713 del Código Civil y 151 del Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de 6 de agosto último, y se declara que no ha lugar á la demanda.

No se condena en costas al demandante por estimar el Juzgado que ha tenido motivos plausibles para litigar.

Redacción del señor Ministro Maldonado.

A. Maldonado.—M. Várgas Mardone[illegible]—M. Lois.

Corte de Talca.—26 de octubre de 19[illegible]

Meza v. de Espinosa con Espinosa.

Sociedad colectiva civil.—Disolución y resolución del contrato.—Muerte de un socio.—Mora.

DOCTRINA:—*La sociedad colectiva civil se disuelve por la muerte natural civil de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición de la ley ó por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto ó sin ellos.*

Si en el acto constitutivo de la sociedad se fija el plazo de nueve años para su duración y se agrega que la asociación no terminará por ninguna causa ó motivo antes del plazo estipulado no procede la demanda de disolución del contrato fundada en el fallecimiento de uno de los socios ocurrido antes del vencimiento del plazo.

No habiéndose probado que el socio demandado ha incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones no procede la demanda de resolución del contrato.

Don Emilio Larenas, con poder de d[illegible] Gregoria Meza viuda de Espinosa, de Federico Riquelme, como representante de su esposa doña Beatriz Espinosa, de Narciso Vásquez, representante de su esposa doña Eduvijis Espinosa, de doña Laura Espinosa viuda de Espejo; de don Gumecindo Espinosa; de don Federico González, como representante legal de sus menores hijos [illegible]

bidos en su matrimonio con doña María y Lutgarda Espinosa, entabla demanda ordinaria contra don Cayetano 2º Espinosa, y expone: que todos sus mandantes son legítimos asignatarios de don Cayetano Espinosa, que falleció en el mes de agosto de 1904, según consta de la partida de defunción que acompaña

El expresado don Cayetano celebró con su hijo don Cayetano 2.º Espinosa el contrato sobre administración de bienes de que da cuenta la escritura pública de fecha 16 de abril de 1902, que también presenta.

Por el hecho de la muerte de don Cayetano Espinosa, se ha producido, respecto del contrato, una situación legal que es necesario se declare por la justicia, ya que la parte sobreviviente, don Cayetano 2º Espinosa, no ha querido avenirse en forma alguna.

El contrato contenido en la escritura pública en referencia es el de sociedad reglado por el título 28 del Código Civil.

Según lo prescrito en el artículo 2103 del expresado Código, la sociedad se disuelve por la muerte natural ó civil de cualquiera de los socios, salvo las excepciones consignadas allí.

Con la muerte del socio señor Espinosa ha sobrevenido la causal prevista por la ley, y en consecuencia, la sociedad pactada en la escritura pública acompañada se halla disuelta y así pide que se declare; para el caso de que no se diera lugar á la disolución de la sociedad, deduce como acción subsidiaria la resolución del contrato en referencia en virtud de lo prescrito en el artículo 1489 del Código Civil.

Por la cláusula tercera de ese contrato don Cayetano 2º Espinosa contrajo la obligación de rendir cuenta al fin de cada año, cosa que no ha hecho y esta falta es grave, ya que lo contemplado en esa cláusula es de capital importancia y de esenciales efectos.

Entabla pues demanda contra don Cayetano 2.º Espinosa y pide que á su tiempo se declare disuelto el contrato de sociedad á que se refiere la escritura de fecha 18 de abril de 1902 y se proceda en la forma que prescribe el artículo 2115 del Código Civil y en subsidio, se declare resuelto ese contrato con indemnización de perjuicios y costas.

Don Cayetano 2º Espinosa, contestando la demanda pide se deseche con costas y expone: que el propio artículo 2103 del Código Civil citado de contrario demuestra la improcedencia y arbitrariedad de la demanda en cuanto á su petición principal.

Según esa disposición, la sociedad se disuelve por la muerte natural ó civil de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición de la ley ó por el acto constitutivo, haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto ó sin ellos.

La cláusula sexta del contrato establece que la negociación no terminará por ninguna causa ó motivo antes del plazo; y esta estipulación coloca al contrato en el caso de excepción previsto en el artículo 2103, pues la frase "por ninguna causa ó motivo" significa que debe continuar á pesar de la muerte del señor Espinosa, como quiera que ella es una causa ó motivo y ocurrió antes del plazo.

Por lo demás, la cláusula octava, al contemplar situaciones que podrían producirse después de la muerte de don Cayetano Espinosa, manifiesta que las partes entendieron que la sociedad continuaría á pesar de ella.

Es, pues, indudable, que por la ley y el contrato la sociedad está vigente y no ha llegado ni llegará hasta la expiración del plazo la época de su disolución.

En cuanto á la petición subsidiaria, es equivocada la aserción de los demandantes respecto de que establezca el contrato obligación de rendir cuentas anuales, lo único que estipula son anuales liquidaciones y reparto de utilidades, á cuya estipulación se ha dado cumplimiento, como oportunamente se justificará.

Según consta de los demandantes y especialmente á la madre común doña Gregoria Meza, las liquidaciones ó cuenta y los respectivos repartos de utilidades se han efectuado con la expresa aprobación de dicha señora hasta abril del año 1904 y si igual cosa no se ha hecho en el año 1905 ha sido porque, á

pesar de las reiteradas instancias del demandado, no han querido admitirla; pero está practicada en los libros y pronta para ser sometida á su consideración.

No hay por lo tanto, infracción del contrato y la demanda de resolución por tal causa es también arbitraria y caprichosa.

En la réplica el demandado sostiene la demanda y agrega: que según el artículo 2103 del Código Civil, para que la sociedad no se disuelva por la muerte de alguno de los socios es necesario que haya una ley que mande que deba continuar con los herederos del difunto ó sin ellos ó que en el acto constitutivo se establezca ó estipule esa circunstancia ó excepción.

No hay ley en este caso porque no existe la situación contemplada en el artículo 2104 del citado Código, ni en ninguna otra y no existe lo segundo porque el acto constitutivo ó contrato no establece aquello de la manera expresa y específica que aquel artículo indica.

Y nótese que el artículo 2103 exige que el acto constitutivo no solamente debe expresar que la sociedad en caso de muerte de alguno de los socios debe continuar sino que también debe decir expresamente si continúa con los herederos del difunto ó sin ellos; y contemplando estas dos situaciones distintas es que vienen las reglas detalladas y precisas de los artículos 2105 y 2106.

En el presente caso no hay cláusula alguna en el contrato que diga que debe continuar la sociedad por la muerte de alguno de los socios y muchos menos la hay que diga que continúa con los herederos del difunto ó sin ellos.

La cláusula sexta no comprende ni puede comprender la causa ó motivo de muerte, pues dada su forma jeneral é indeterminada podría ella referirse á cualquiera otra situación ó circunstancia, pero nunca á la muerte de uno de los socios, cosa que debe pactarse expresa y determinadamente.

La cláusula octava del contrato no es aplicable á la situación presente, porque se refiere á lo que habría de hacerse en el caso del fallecimiento de don Cayetano Espinosa y de su mujer doña Gregoria Meza, á la vez, y no al caso de la muerte de aquél.

Esto manifiesta que los contratantes previeron el caso del fallecimiento del señor Espinosa y el de su mujer y no el de aquél sólo, que demuestra claramente la intención y propósito de los contratantes.

Respecto de la petición subsidiaria, sea que la cláusula octava obligue á rendir cuentas ó hacer liquidaciones ó repartos anuales, el hecho es que no se ha cumplido por el demandado con esa estipulación y á tanto ha llegado el mal procedimiento de don Cayetano 2º Espinosa, que no permite que los demás herederos y dueños del fundo en administración pongan allí un pié con ningún objeto y se ha apropiado y dispuesto de todos los frutos sin dar cuenta ni razón alguna.

No es efectivo que la liquidación y reparto se hayan efectuado con la aprobación de la señora Meza; y los demandantes no aceptan las liquidaciones ó cuentas que esté haciendo el demandado en el papel y á su sola voluntad, porque ello no importa el cumplimiento de lo estipulado.

El demandado en su escrito de dúplica hace presente: que el verdadero alcance y significado de las cláusulas del contrato de sociedad no puede desvirtuarse, pues con decir en él que no terminará por ninguna causa ó motivo antes de expiración del plazo, se estipuló su no expiración por la muerte de los socios, ya que, siendo absolutos los términos de la cláusula, no pueden establecerse excepciones que ella no consulta.

El artículo 2103 del Código Civil no exige que en la escritura ó acto constitutivo de la sociedad se diga expresamente que deba continuar con los herederos del socio difunto, sino que del instrumento se desprenda la intención de que tal cosa suceda.

Los términos de que se sirve la disposición legal citada, sólo significan, en cuanto á la última parte, que en el contrato se manifieste la voluntad de los socios de que el contrato continúe, cualquiera que sean los términos de que se valgan.

Los artículos 1560 y siguientes del Código citado que reglan la interpretación de los contratos, subordinan las palabras á la intención de los contratantes claramente manifestada, y como en el contrato en referencia esa voluntad es manifiesta, tanto por los términos de

solutos de la cláusula sexta, cuanto por el hecho de contemplarse en otros siguientes, situaciones posteriores á la muerte de don Cayetano Espinosa, se desprende que, por los conceptos mismos de la cláusula y por su interpretación conforme á las reglas legales, el contrato sigue hasta la expiración de su plazo, á pesar de la muerte del señor Espinosa.

En cuanto á la acción subsidiaria, se refiere á lo que tiene expuesto en el escrito de autos.

Se recibió la causa á prueba.

En una sesión de prueba el demandante puso al testigo Mauricio Andrades del demandado las tachas que contemplan los números 5º y 6º del artículo 347 del Código Procedimiento Civil, por estimar que el testigo es dependiente del demandado, en virtud de lo que ha declarado respecto á las siembras en medias y demás trabajos que ha tenido en el fundo que administra el demandado ó tiene interés directo ó indirecto en el pleito por esa misma causa.

Pone también al testigo Cáceres las tachas de los números 4º y 5º del artículo 347 del expresado Código y el demandado pide que se desechen las tachas por estimar que á los testigos no les afectan esas inhabilidades y porque los hechos no constituyen tachas.

La parte de doña Gregoria Meza tachó también á los testigos Marcial Verdugo y Francisco Campos por haber sido condenado el primero por tentativa de robo y el segundo por delito, según las copias y antecedentes que acompaña y el demandado niega los fundamentos de los hechos expuestos.

En los escritos de alegato las partes analizaron la prueba rendida y el demandante hace presente que la declaración de los testigos presentados por el demandado ante el Juzgado de San Javier, no tiene valor ni mérito alguno, porque el examen de ellos se efectuó fuera del término probatorio y de los días señalados por este Juzgado para rendir prueba testimonial, en atención á que no cree que el Juez exhortado esté facultado para fijar por sí sólo el día para la presentación de los testigos; y aún teniendo esa facultad, no se notificó á su parte el decreto y la prueba se rindió sin su conocimiento ó citación.

Se citó para sentencia.

Considerando respecto á las tachas:

1º Que los hechos en que se fundan las tachas á los testigos Mauricio Andrades y Belisario Cáceres no constituyen tachas legales y deben ser desechadas;

2º Que para que sea procedente y legal la tacha del número 4º del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil, es necesario que el testigo preste habitualmente servicios retribuidos, y el demandante no ha justificado esta circunstancia respecto del testigo Belisario Cáceres;

3º Que según consta de las sentencias que en copia obran, los testigos Marcial Verdugo y Francisco Campos han sido condenados por el delito de robo y les afecta, por lo tanto, la tacha de indignidad que establece el número 8º del artículo 346 del Código de Procedimiento;

4º Que los testigos Sixto y Clemente Valdés que declaran ante el señor Juez Letrado de San Javier lo hicieron con fecha 25 de octubre del año próximo pasado, esto es, después de expirado el término legal ordinario y el extraordinario fijados en esta causa, el último de los cuales corre después del ordinario sin interrupción, según el artículo 322 del Código en referencia.

Considerando respecto á la cuestión principal:

1º Que el contrato á que se refiere la escritura pública de 17 de abril del año 1902, otorgada entre don Cayetano Espinosa y su hijo don Cayetano 2º Espinosa sobre administración de los fundos y terrenos que allí se determinan, es el de sociedad colectiva civil que se rije por las disposiciones del título 28, Libro 4º del Código Civil;

2º Que en la demanda se pide la disolución de ese contrato por haber fallecido don Cayetano Espinosa, según la partida de defunción que en copia obra;

3º Que la sociedad se disuelve, entre otros casos, por la expiración del plazo ó por la muerte natural ó civil de un socio, menos cuando por disposición de la ley ó por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto ó sin ellos;

4º Que en la cláusula primera del contrato

en referencia se fijó el plazo de nueve años contados desde la fecha del otorgamiento de la escritura para poner término á la negociación; y en la cláusula primera se estipuló que esta no terminaría por ninguna causa ó motivo antes del plazo estipulado;

5º Que la intención de los contratantes de no poner término al contrato antes del vencimiento del plazo está claramente manifestada, no sólo por los términos empleados en la referida cláusula octava en la cual se manifiesta la voluntad de los contratantes de seguir el contrato hasta la expiración del plazo estipulado en la escritura, el cual está vigente y no es procedente, por lo tanto, la acción para que se declare disuelta la sociedad por el fallecimiento de uno de los socios;

6º Que respecto de la acción subsidiaria sobre resolución del contrato por falta de cumplimiento, en la cláusula tercera, se estipuló que las ganancias que produzca la negociación sean repartidas por iguales partes entre los contratantes al fin de cada año ó liquidados los productos, cláusula que las partes que figuran en este juicio han interpretado en el sentido de practicarse por el demandado anuales liquidaciones y reparto de utilidades á que se refiere el considerando anterior durante los años que determinan las preguntas de la minuta que se fijan como puntos de prueba;

7º Que las liquidaciones y repartos de que se trata son materia de una operación matemática, que debe constar de los libros respectivos de la sociedad y el demandado no ha exhibido documento alguno que acredite la existencia de esas operaciones; y

8º Que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; pero en tal caso podrá el otro contratante pedir á su arbitrio ó la resolución ó el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 167, 368, 329 y 151 del Código de Procedimiento Civil y 1698, 2098, 2103, 1569, 1564 y 1480 del Código Civil;

Se declara:

1º Que no ha lugar á las tachas puestas á los testigos Mauricio Andrades y Belisario Cáceres en la sesión de prueba;

2º Que ha lugar á las tachas puestas á los testigos Marcial Verdugo, Francisco Campos y Sixto y Clemente Valdés y á que se refieren los considerandos tercero y cuarto de esta sentencia;

3º Que ha lugar á la demanda sólo en cuanto por ella se pide subsidiariamente la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, y se desecha en lo demás; y

4º Que se exime al demandado de las costas por no haber sido vencido totalmente en el juicio y haber tenido motivos plausibles para litigar.—*José 2º Pumarino.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: con lo relacionado en la sentencia de primera instancia; y

Teniendo presente:

1º Que por la cláusula primera de la escritura pública de 16 de abril de 1902, don Cayetano Espinosa dió en administración á su hijo el actual demandado, por el término de nueve años, para su explotación y cultivo en el modo y forma que este último lo estimara conveniente, los fundos "Pencahue" y "Patagüillas" y demás terrenos que expresa;

2º Que por la cláusula tercera del mismo se establece que las ganancias que produzca la negociación, serán repartidas por iguales partes entre los contratantes al fin de cada año ó liquidados los productos, por la sexta, que esta negociación no terminará por ninguna causa ó motivo antes del plazo estipulado y por la octava, que en caso de fallecimiento de don Cayetano Espinosa ó su esposa doña Gregoria Meza, todas las dificultades que nazcan del contrato serán resueltas sin ulterior recurso por don Francisco David Valenzuela C., á quien nombran como árbitro arbitrador, pues es voluntad de los contratantes evitar que haya juicios con motivo del presente contrato;

3º Que no consta de autos que el demandado don Cayetano 2º Espinosa se haya nega-

o á dar cuenta á la demandante su madre, oña Gregoria Meza viuda de Espinosa, y emás herederos de don Cayetano Espinosa las utilidades producidas en los fundos daos en administración y éstos no han rendido rueba alguna en este juicio, lo que no permi: declarar en mora al demandado don Cayeano 2º Espinosa por el cargo que se le hace e no haber repartido á los demandantes la itad de las expresadas utilidades, causal ndamental de la demanda;

4º Que el demandado, por su parte, con prueatestimonial ha justificado que los años 1903 1904 dió partición á doña Gregoria Meza el ganado lanar y vacuno como igualmente el trigo, chuchoca, frejoles y maíz, indicando us cantidades, sin haberse establecido de ontrario que hubiese habido mayor producción; y

5º Que la demandante doña Gregoria Mea, absolviendo la articulación cuarta de las osiciones, declaró que el año próximo pasao el demandante ofreció presentarle la liquiación de utilidades del negocio después de a cosecha y practicar la respectiva partición se negó á aceptarla porque ya estaban en uicio.

Por estas consideraciones y de acuerdo con o dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil y 151 del Código de Procedimiento, se evoca en la parte apelada la sentencia de 8 le marzo último, y se declara que no ha lugar á la resolución del contrato, pedida subsidiariamente en la demanda con costas de la causa que satisfarán los demandantes.

Redactada por el señor Ministro Lois.—*A. Maldonado.—M. Várgas Mardones.—D. M. Lois.*

Corte de Concepción. — 8 de octubre de 1906

Pradel con Vega y otro

Estado civil.— Posesión notoria. —Prueba testimonial

DOCTRINA:—*No es aceptable la prueba testimonial de la posesión notoria de diversos estados civiles cuando no se ha explicado satisfactoriamente ni menos probado la falta de las respectivas partidas ó el extravío del libro ó registro en que debieran encontrarse.*

Don Felinto Pradel, por su esposa doña Eufemia Figueroa, demandó á don José Heriberto Vega y á doña Juana Bastidas para que se declarara nulo el nombramiento de partidor de los bienes de don Agustín Almanche y todo lo obrado en el juicio divisorio, fundándose en que su esposa es heredera de Almanche y no fué citada para el nombramiento de partidor.

El juicio de partición, dice, es universal y "deben concurrir á su establecimiento todos los interesados".

Contestando el señor Vega, pide que se rechace la demanda, con costas.

Desconoce el carácter que invoca la demandante y dice que ella trata de impedir que entre en posesión de lo que le correspondió en la partición, coludida con doña Juana Bastidas, la que probablemente va á aceptar la demanda.

Si la Figueroa tuviera derecho habría concurrido á la partición, pues tuvo noticia de ella; como la Bastidas se resistió á la partición, ha ideado este juicio, de acuerdo con la Figueroa, para frustrar sus derechos.

La Bastidas en su contestación dice que no tiene inconveniente para reconocer como coasignataria á la demandante, pues le consta que tiene ese carácter, y para aceptar la nulidad solicitada y que se proceda á nueva partición; pero sin incluir "como se pretende" un sitio y casa de su exclusiva propiedad, ubicada en la calle Ongolmo, cuyos deslindes expresa.

Esta propiedad la ha poseído más de sesen-

ta años, pacífica y continuadamente, y alega la prescripción extraordinaria.

El demandante en la réplica expuso que no pensó que le fuera negado su carácter de heredera á su esposa, pero es muy fácil demostrarlo. Don Agustín Almanche tuvo dos hijas legítimas: doña Mercedes y doña Ignacia.

Doña Mercedes, casada con don Tomás Bastidas, tuvo como hija á doña Juana Bastidas.

Doña Ignacia, casada con don Juan Figueroa, tuvo siete hijos, y uno de ellos, don Antonio, es el padre de la demandante que viene á ser biznieta de don Agustín Almanche.

Además hay una numerosísima descendencia de éste, que tiene interés en el juicio divisorio y que no ha sido citada.

En la dúplica Vega observa que ha ocurrido lo que él anunció: la Bastidas ha aceptado la demanda y cree que debe considerársela como si fuera también demandante.

Niega y contradice todo lo expuesto por la Figueroa y por la Bastidas y reiterando lo pedido en la contestación, se somete á la prueba que se producirá.

En rebeldía de la Bastidas para duplicar, se recibió la causa á prueba y se produjo lo que corre en autos.

Las partes alegaron de bien probado.

El Ministerio Público, opinó porque no se diera lugar á la demanda.

El Juzgado de Concepción, con fecha 14 de agosto de 1903, falló:

Por lo relacionado y teniendo presente:

Que no habiéndose explicado satisfactoriamente la falta de los instrumentos en que ha debido constar el estado civil en que se funda la acción, la prueba testimonial rendida no reviste el carácter de un conjunto de testimonios fidedignos que establezcan la posesión notoria de los diversos estados civiles á que se refiere la acción, de un modo irrefragable.

Que no habiendo sido el dominio la materia del juicio, la prescripción alegada no tiene cabida.

Por estos fundamentos y conforme á lo dispuesto en el artículo 313 del Código Civil, se declara que no ha lugar á la demanda ni á la prescripción alegada.—*J. I 2º Salas.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Se confirma la sentencia de 14 de agosto de 1903, con costas del recurso. — *Exequiel Figueroa Lagos. — Juan N. Parga. — E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Concepción.—Cas. en la forma.— 17 de octubre de 1906

Elgueta con Soto

Demanda. — Notificación personal.— Notificación por el estado.— Casación en la forma.—Querella de amparo.

DOCTRINA:—*En toda gestión judicial la primera notificación á las partes ó personas á quienes hayan de afectar sus resultados, debe hacerse personalmente, entregándole copia íntegra de la resolución y de la solicitud cuando fuere escrita.*

Es nula, en consecuencia, la sentencia pronunciada en una querella de amparo si la providencia recaída en la demanda fué notificada por el estado al demandado.

Aceptada una causal de casación es inoficioso pronunciarse sobre las demás.

Don José Planino Elgueta expone: que según el título adjunto, es concesionario del Fisco por la hijuela número 14 del plano de Cura-Cautín y consta del certificado anotado al pie de esa escritura que el Conservador de Bienes Raíces se negó á inscribir el título porque don Basilio Soto, agricultor de Cura-Cautín, había inscrito primero una concesión que del mismo predio había hecho el Fisco al expresado Soto, y que como el título del peticionario es más antiguo y está en posesión del predio en referencia hace ya más de doce años, insiste en que se efectúe la inscripción de su título con citación del señor Soto, notificándosele de conformidad á lo estatuido en el artículo 14 del Reglamento para el Conservador de Bienes Raíces.

Don Basilio Soto se opone á la referida inscripción, dice que es agricultor, domiciliado en Cura-Cautín y que según documentos que adjunta, consta que le compró al Fisco en remate público un retazo de terreno de 40 hectáreas ubicado en Cura-Cautín y que deslinda: Norte, hijuela número 9; Este, camino antiguo á Cura-Cautín; Sur, hijuela número 19 de José de la C. Sandoval; y Oeste, hijuela número 13; que consta de la escritura de cancelación que también acompaña, que la hijuela número 14 está libre de gravamen al Fisco y por consiguiente, viene desde luego en oponerse á la inscripción del título que pretende hacer la hijuela

que se trata de inscribir por éste es de su exclusivo dominio, según se comprueba con las escrituras públicas inscritas y acompañadas y que el demandado no es concesionario sino rematante de la referida hijuela, según puede verse en la escritura, por manera que las razones que alega el demandante de hallarse en posesión del suelo y que el Fisco le haya hecho concesión de él antes que al demandado, son materia de un juicio de lato conocimiento.

Se citó á las partes á comparendo con sus medios de prueba, y no habiéndose rendido probanza en el día que se fijó al efecto se las citó para sentencia.

El Juzgado de Victoria, en 16 de agosto de 1906 resolvió:

Considerando:

1º Que consta del certificado de inscripción que don Basilio Soto tenía inscrita la posesión que se litiga desde el 14 de abril de 1904 y aparece notificado de la demanda en 18 de mayo último, transcurriendo más de un año;

2º Que el título de don Basilio Soto es de 19 de agosto de 1898 y el de don Planino Elgueta de 19 de marzo de 1904;

3º Que en mérito de lo expuesto en el considerando primero, la posesión inscrita de don Basilio Soto ha durado más de un año completo, la que se presume ha sido tranquila y no interrumpida.

Teniendo presente, además, lo que disponen los artículos 1817, 728, 918, 924 y 921 del Código Civil y 703, 714 y 715 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar á la querella de amparo, con costas, y se reservan sus acciones ordinarias al querellado para que las haga valer con arreglo á derecho. —*José Elías Riffo.*

Don José Planino Elgueta dedujo recurso de casación en la forma contra esta sentencia.

Funda el recurso en que tanto el decreto recaído en la solicitud de oposición á inscripción, cuanto el de citación para sentencia le fueron notificados por el estado, debiendo haberse practicado personalmente, conforme á lo prescrito en los artículos 51 y 705 del Código de Procedimiento Civil.

Se ha faltado, por consiguiente, á trámites del procedimiento que son esenciales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 966, números 1º y 6º del mismo Código; caso en que es procedente el recurso de casación en la forma como lo establece el artículo 941, número 9º, del Código de Procedimiento Civil.

Concedido el recurso,

La Corte:

En mérito de lo expuesto y considerando:

1º Que en toda gestión judicial la primera notificación á las partes ó personas á quienes hayan de afectar sus resultados, debe hacerse personalmente, entregándole copia íntegra de la resolución y de la solicitud cuando fuere escrita;

2º Que la providencia recaída en la demanda de oposición á inscripción deducida por don Basilio Soto, le fué notificada al demandado don José Planino Elgueta por el estado, no habiendo sido, en consecuencia, legalmente emplazado;

3º Que es causal de casación en la forma haberse faltado á diligencias declaradas esenciales por la ley; y

4º Que aceptada la primera de las causales propuestas, carece de objeto pronunciarse sobre la segunda.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prescrito en los artículos 43, 705, 941, número 9º, 966, número 1º y 959 del Código de Procedimiento Civil, se declara haber lugar á la casación en la forma deducida contra la sentencia de 14 de agosto del corriente año, quedando, en consecuencia, invalidada; y se repone el proceso al estado de notificarse en forma legal á don Planino Elgueta la providencia de 23 de mayo último recaída en el escrito de oposición á inscripción, remitiéndose el proceso para su conocimiento al tribunal correspondiente.

Redactada por el señor Ministro Ramón Navarro O.—*Exequiel Figueroa Lagos.—Juan N. Parga.—E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

Corte de Concepción—8 de noviembre de 1906

Saez con Manríquez

Estado civil.—Hijo legítimo.—Posesión notoria.—Filiación

DOCTRINA:—*La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que los padres lo hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres.*

La posesión notoria del estado civil, para servir de prueba de este estado, debe durar diez años continuos por lo menos.

No es prueba bastante de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, la declaración de testigos que no pueden aseverar que la persona que pretende dicho estado haya vivido más de diez años al lado de sus padres, que se limitan á decir que esa persona era tenida entre todos los que la conocían y ha sido siempre considerada por sus relaciones sociales como hija legítima de tales padres, pero no que éstos la hubieran tratado como hija legítima y la hubieran presentado en ese carácter á sus deudos y amigos.

Don José del Carmen Saez se presentó ante el Juzgado de Arauco con la partida de defunción pidiendo se citase á Fabriciano Manríquez, Abdon, Liboria y María Melicia Muñoz, esposa esta última del solicitante, á comparendo con el objeto de designar partidor de los bienes quedados al fallecimiento de doña Josefa Cifuentes, esposa del primero y madre legítima de los tres últimos.

Practicadas con el objeto solicitado las notificaciones de estilo, se presentó Fabriciano Manríquez, agricultor y vecino de la Villa de Carampangue, oponiéndose al comparendo solicitado por desconocérseles á María Melicia y Abdón Muñoz el carácter de hijos legítimos de doña Josefa Cifuentes é ignorar que el solicitante Sáez fuera casado legalmente con la primera.

Se opone, además, al comparendo por no haber dejado doña Josefa bienes de ninguna clase.

Se confirió traslado y autos de esta oposición á don José del Carmen Sáez, quien respondió é interpuso demanda en representación de su esposa María Melicia Muñoz, en contra de Fabriciano Manríquez, Abdón y Liboria Muñoz, para que se declarara:

1º Que debe darse la posesión efectiva de la herencia de doña Josefa Cifuentes á sus únicos hijos legítimos doña María Melicia, don Abdón y doña Liboria Muñoz, en su calidad de heredera *abintestato*.

2º Que debe procederse á la partición de los bienes de la sociedad conyugal habida entre doña Josefa Cifuentes y don Fabriciano Manríquez, nombrándose al efecto el respectivo partidor; y

3º Que debe contarse entre los bienes de la masa partible el retazo de terreno denominado Chacayes, incluso lo edificado y plantado, comprendido dentro de los deslindes que expresa.

Fundando su demanda expone: que doña Josefa Cifuentes fué casada en primeras nupcias con don Esteban Muñoz, teniendo como hijos legítimos á doña María Melicia, don Abdon y doña Liboria Muñoz.

Que en segunda nupcias la expresada señora Cifuentes contrajo matrimonio con don Fabriciano Manríquez y no tuvo sucesión.

Que el terreno Chacayes fué adquirido por don Esteban Muñoz durante su matrimonio con doña Josefa Cifuentes, en virtud de compra que le hizo á Pabla Lepicheo hace más de treinta y cinco años, habiéndolo poseído en esa condición hasta su fallecimiento y habiendo quedado en poder de su viuda, señora Cifuentes, á cuyo nombre lo ha poseído don Fabriciano Manríquez después de su matrimonio con ella.

Que probará el estado civil de hija legítima

de su esposa María Melicia por la posesión notoria de ese estado.

Que su esposa, así como los dos hermanos nombrados, vivieron durante muchos años al lado de su padre, siendo educados y considerandos como tales hijos en el concepto general.

Que para probar su matrimonio con doña María Melicia acompaña una copia certificada la respectiva partida.

Agrega que los tres demandados son agricultores, residen en la tercera subdelegación de este departamento y que él tiene su domicilio en la misma subdelegación y es también agricultor.

Don Fabriciano Manríquez, contestando la demanda por su parte, expone: que se debe desechar la demanda, con costas.

Que se ignora y aun se afirma que no son hijos legítimos de doña Josefa Cifuentes, doña Melicia y don Abdón Muñoz.

Que su mandante no tiene inconveniente en que se partan los bienes de la sociedad conyugal entre los herederos con legítimos derechos.

Que tiene instrucciones para manifestar que no debe partirse el fundo Chacayes porque hace apenas dos meses que su mandante lo adquirió por la prescripción extraordinaria de treinta años, pues lo posee desde julio de 1873.

Que la adquisición la ha hecho después del fallecimiento de doña Josefa Cifuentes y, por lo tanto, no puede formar parte del haber conyugal, ni mucho menos puede corresponder á la expresada señora Josefa por otro título.

Don Abdón Muñoz, contestando por su parte, dice: que estima fundada la demanda y la acepta en todas sus partes, reproduciendo lo expuesto en el escrito de demanda.

En rebeldía de doña Liboria Muñoz, se dió por contestada la demanda por su parte y se confirió traslado para replicar.

Seguida la causa por todos sus trámites, el juez de Arauco con fecha 7 de febrero de 1905, resolvió:

Considerando:

1º Que se han acompañado por parte de don José del Carmen Sáez las partidas de matrimonio de los padres de su esposa y de bautismo de ésta;

2º Que en virtud del certificado, pudiera admitirse como prueba la posesión notoria de hija legítima de la mujer del demandante, respecto de don Estéban Muñoz y de doña Josefa Cifuentes;

3º Que la posesión notoria de hijo legítimo consiste en que los padres lo hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres;

4º Que la posesión notoria del estado civil debe durar diez años continuos por lo menos y, según lo expone el demandante, su mujer vivió al lado de sus padres hasta el día de su matrimonio, 10 de agosto de 1856, y ellos llegaron aquí el año 1851, de modo que los testigos presentados no pueden aseverar que haya vivido más de diez años al lado de sus padres y que éstos la hayan tratado durante ese tiempo como hija legítima;

5º Que lo único que se ha acreditado al tenor de la primera pregunta de la minuta es que la esposa del demandante era tenida entre todos los que la conocían y ha sido siempre considerada por sus relaciones sociales como hija legítima de don Esteban Muñoz y Josefa Cifuentes, pero no que éstos la hubieran tratado como hija legítima y la hubieran presentado en ese carácter á sus deudos y amigos;

6º Que la circunstancia de haber nacido antes de la vigencia del Código Civil la mujer del demandado no sirve de nada á su favor, pués no se ha acreditado el matrimonio de don Estéban Muñoz con doña Josefa Cifuentes, ni siquiera que la expresada María Melicia hubiera sido hija legítima de ellos, lo que es necesario, según las leyes 2ª, título 6º, libro 3º del Fuero Real y 1ª, título 13, Partida 4ª;

7º Que por parte de los demandados no hay inconveniente en que se proceda á dividir los bienes quedados al fallecimiento de doña Josefa Cifuentes entre sus herederos legítimos;

8º Que con mejor prueba de testigos se ha acreditado por parte del demandante que el fundo Chacayes es de propiedad de doña Josefa Cifuentes y que Fabriciano Manríquez lo ha poseído á nombre de su mujer.

En esta virtud y visto además lo dispuesto en los artículos 305, 309, 311, 312, 313, 700, 714, 719, 1698 y 2492 del Código Civil y 151 y 374 del Código de Procedimiento Civil;

Se declara:

1º Que no ha lugar á la primera petición contenida en el escrito de demanda;

2º Que ha lugar á las peticiones 2ª y 3ª y, por lo tanto, que no ha lugar á la prescripción alegada por el demandado Fabriciano Manríquez, sin costas.—*Alfredo Rondanelli.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Aceptando la parte expositiva de la sentencia apelada de 9 de febrero de 1905, teniendo presente en lugar de los considerandos 7º y 8º, que no dándose lugar á la primera petición de la demanda, no pueden aceptarse las peticiones 2ª y 3ª de la misma, por cuanto ellas no se habrían ventilado entre legítimos contradictores; eliminando las citas del Código Civil correspondientes á los expresados considerandos; y de conformidad además con lo prescrito en el artículo 949 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la referida sentencia, con declaración de que se suspenden, como se solicita en el escrito de expresión de agravios los efectos de dicha sentencia en cuanto da lugar á las mencionadas peticiones 2ª y 3ª de la demanda.

Acordada contra el voto del señor Ministro Cruz, quien estuvo por confirmar la aludida sentencia con declaración de que también ha lugar al primer punto de la demanda por lo que respecta á doña María Melicia Muñoz, por estimar que ésta ha dejado establecido con la prueba documental y testimonial rendida en autos, su calidad de hija legítima de don Esteban Muñoz y de doña Josefa Cifuentes.—*Julio Zenteno B.—Manuel Rodríguez C.—Luis David Cruz.—J. Guillermo Mac-Kay.*

Corte de Concepción.—19 de noviembre de 1906

Hernández con Eguiluz

Exclusión electoral.—Registro.—Prefecto de policía

DOCTRINA:—*En conformidad á lo dispuesto en el artículo 26 número 6º de la Ley de Elecciones, debe ser excluido de los registros electorales la persona que desempeña el puesto de Prefecto de Policía, pues presta un servicio rentado* (1).

Don Angel C. Hernández se presentó pidiendo la exclusión de los Registros Electorales del Prefecto de Policía de esta ciudad don Pedro N. Eguiluz, por estimar que estaba inhabilitado para inscribirse en virtud del artículo 26, número 6º, de la Ley de Elecciones.

Llamado á declarar don Pedro N. Eguiluz, dijo que era efectivo que se inscribió en los Registros Electorales, por estimar que la ley no se lo prohibía por cuanto la disposición legal citada no comprende á los jefes superiores sino á los individuos enrolados, tal como ocurre en el Ejército.

Pasados los antecedentes en vista al señor Promotor Fiscal, este funcionario opinó por que se diera lugar á la exclusión solicitada.

El Juzgado con fecha 13 de noviembre de 1906, resolvió:

Teniendo presente que la disposición contenida en el artículo 26, número 6º, de la Ley de Elecciones no se refiere á los jefes superiores de las policías, los cuales no se enrolan en ellas sino que obtienen nombramiento de S. E. el Presidente de la República.

De conformidad con la disposición legal citada, se declara que no ha lugar á la exclusión de los Registros Electorales del Prefecto de Policía de esta ciudad, don Pedro N. Eguiluz, pedida por don Angel C. Hernández.

Anótese y consúltese, debiendo certificar el

---

(1) Véase doctrina contraria de la Corte de Valparaíso, sentencia de 18 de noviembre de 1903, año 1.º, II Parte, pág. 237 de esta Revista.

Secretario acerca de la causa del retardo de esta resolución.—*Francisco S. Bustos.*

Apelada esta resolución.

La Corte:

Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia y teniendo en consideración que don Pedro N. Eguiluz desempeña el puesto rentado de Prefecto en la Policía de Talcahuano, y de conformidad con lo prescrito en el número 6º del artículo 26 de la ley de 20 de agosto de 1890, se revoca la mencionada sentencia de 13 de noviembre del presente año, y se declara que ha lugar á la exclusión de los Registros Electorales del mencionado don Pedro N. Eguiluz, solicitada en el escrito. — *Exequiel Figueroa Lagos. —E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

Corte de Tacna.—17 de octubre de 1906

Santiago Lazo y otros

Mina. - Manifestación —Competencia. Causa de hacienda.—Fisco.—Descubridor.

DOCTRINA:—*Fuera de las minas cuya explotación se reserva el Estado, no tiene el Fisco interés especial en ninguna, ni siquiera por la falta de pago de la patente, porque esta omisión solo trae como resultado la pérdida de la mina en favor de otro particular que la solicite, y si nadie la solicita, la patente se pierde para el Estado.*

En consecuencia, tratándose en el juicio de la manifestación de una mina de fierro, no puede estimarse ese juicio como causa de hacienda y no procede por tanto la aplicación del artículo 5º de la ley de 28 de agosto de 1902 que establece que el conocimiento de esas causas corresponde á la Corte de Apelaciones de Santiago.

Es de rigor que cada descubridor se presente separadamente y en la forma prescrita en el artículo 29 del Código de Minería, esto es, expresando su nombre y el de sus compañeros si los tuviere, las señales más individuales y características del sitio donde se encuentra la cata, pozo ó labor en que se halló el mineral, la designación de su especie, el nombre que quiere dar á cada una de las tres pertenencias á que tienen derecho y la extensión, expresada en hectáreas, que desea comprenda cada pertenencia.

En consecuencia, es inaceptable la presentación por medio de una sola manifestación de trescientos descubridores que afirman haber descubierto minerales de hierro, y piden cada uno de ellos tres pertenencias de cinco hectáreas cada una, sin indicar ni siquiera someramente los deslindes de cada pertenencia ó sus señales características.

Don Santiago Lazo, por sí y en representación de doscientas noventa y nueve personas se presentó ante el Juzgado de Letras de Antofagasta, haciendo manifestación de minas de hierro.

En su solicitud dice: que en Aguas Blancas, hácia el Sureste, más ó menos á cuatro ó cinco leguas desde la oficina "Florencia" y en la dirección ya indicada existe una extensión de terrenos, cuyos deslindes generales son: al Norte, la aguada de Providencia: al Este, cerros de Varas y cordillera Domeyko; al Sur, con los límites del departamento de Taltal, en la dirección de Cachinal; y al Oeste, con sierra El Dorado y pampa.

En estos terrenos y en toda su extensión que debe considerarse como cerro virgen, han descubierto él y sus mandantes minerales de hierro que se presentan en forma de mantos y cuya explotación quieren hacer.

adquiriendo al efecto las pertenencias que les concede la ley.

Estas pertenencias son tres para cada uno de los manifestantes y cada pertenencia de cinco hectáreas.

En consecuencia, hace esta manifestación en su nombre y en el de sus mandantes, pidiendo para cada uno de los manifestantes tres pertenencias de cinco hectáreas que denominan "Domingo Santa María 1", "Domingo Santa María 2", "Domingo Santa María 3" y así sucesivamente hasta "Domingo Santa María 900", con lo que se enteran las pertenencias á que tienen derecho.

Esta solicitud en lugar de ser proveída directamente, se pasó en vista al Promotor Fiscal y este funcionario, dictaminando, es de parecer que no se ajusta á las prescripciones contenidas en el artículo 29 del Código de Minería, porque al decir este artículo que el descubridor, al hacer su manifestación, deberá expresar su nombre y el de sus compañeros, si los tuviere, debe entenderse que es por cada descubrimiento, por cada una de las tres pertenencias á que tiene derecho.

Es claro que en estas tres pertenencias pueden figurar cuantas personas quiera el descubridor, porque la ley no se lo prohibe.

Pero no es lo mismo que un gran número de personas pidan en conjunto novecientas pertenencias como descubridores sin las indicaciones que previamente establece para hacerlo el citado artículo 29.

No es posible aceptar que las novecientas pertenencias que se solicitan en cada manifestación tengan las mismas señales individuales y características.

Además, continúa el Promotor, el artículo 30 del citado Código establece que el descubridor en cerro virgen es el único que tiene derecho á pedir pertenencias dentro del radio de cinco kilómetros.

Las actuales pertenencias no lo son todas en cerro virgen y abarcan mucha mayor extensión de terreno que las que les corresponden con arreglo á la ley.

Por las consideraciones expuestas, el Promotor es de parecer que se devuelva al peticionario la solicitud para que la presente en forma.

Con este dictamen el Juzgado dictó la siguiente resolución:

Antofagasta, 20 de abril de 1906.—Vistos: con lo dictaminado por el señor Promotor Fiscal, y teniendo presente lo expuesto por este funcionario en la vista que precede y además que no se puede pedir más de tres pertenencias por una misma presentación, que es el máximum que la ley concede al denunciante, y que al admitirlas en la forma que se solicita, se defraudarán los intereses del Fisco por el impuesto de papel sellado, se declara que deben devolverse al interesado ó interesados las solicitudes á que se refiere la vista fiscal, á fin de que se presenten con arreglo á derecho.—*V. Herrera V.*

Apelado este fallo y antes de elevarse los autos, se suscitó un incidente por el apelante á fin de que se declarara que el Tribunal competente para conocer de la apelación era la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

Este incidente, después de oirse también al Promotor Fiscal, fué fallado en sentido negativo á la petición que lo motivó y esta resolución fué también apelada por parte del señor Lazo.

Previo informe de su Fiscal sobre la cuestión previa de competencia,

La Corte resolvió:

Considerando respecto de la competencia de este Tribunal:

1º Que el artículo 591 del Código Civil, que es el fundamento de toda la legislación minera, establece el principio de que el Estado es dueño de todas las minas, pero concede á los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio para buscar las minas, la de labrarlas y beneficiarlas y la de disponer de ellas como dueños;

2º Que de este principio se deduce que el Estado, dueño originario de las minas, se desprende de su dominio en favor de los particulares que las descubren y quieren explotarlas, llegando á ser éstos los verdaderos dueños, que no pueden ser privados de su propiedad

sino en los casos y por los medios expresamente indicados en el Código de Minería;

3º Que esta regla no tiene más excepción que respecto de las minas de carbón y demás fósiles no comprendidos en el inciso 1º del artículo 2º del Código de Minería, las que ceden al dueño del suelo y respecto de las guaneras, salitreras y sales amoniacales análogas, cuya explotación se reserva el Estado;

4º Que, en consecuencia, fuera de las minas cuya explotación se reserva el Estado, no tiene el Fisco interés especial en ninguna, ni siquiera por la falta de pago de la patente, porque esta omisión sólo trae como resultado la pérdida de la mina en favor de otro particular que la solicite, y si nadie la solicita, la patente se pierde para el Estado;

5º Que no teniendo el Fisco, como queda demostrado, interés directo en las minas, no procede la aplicación del artículo 5º de la ley de 28 de agosto de 1902 que establece que el conocimiento de las causas de hacienda corresponde á la Corte de Apelaciones de Santiago;

6º Que la cuestión relativa al papel sellado de que se ha hecho uso en la manifestación de los señores Lazo y compartes, es meramente accidental, porque la dominante es la de establecer cómo debe constituirse en el caso de que se trata la propiedad minera, y esta cuestión debe resolverse con arreglo al Código de Minería, que es el llamado á fijar los requisitos y reglas que deben precederla, como lo dispone el artículo 591 del Código Civil ántes citado.

Considerando respecto del fondo de la cuestión:

7º Que el artículo 29 del Código de Minería dispone textualmente lo que sigue:

"El descubridor de mina debe hacer la manifestación de su hallazgo ante el Juez Letrado del departamento ó ante el Alcalde que ejerciere las funciones de tal.

"Al hacerlo, deberá expresar su nombre y el de sus compañeros, si los tuviere, las señales más individuales y características del sitio donde se encuentra la cata, pozo ó labor en que se halló el mineral, la designación de su especie, el nombre que quiera dar á cada una de las tres pertenencias á que tienen derecho la extensión expresada en hectáreas que desea comprenda cada pertenencia.

"Deberá expresar también si es descubridor en cerro virgen ó en cerro conocido.

"Estas pertenencias deberán registrarse y denunciarse separadamente."

8º Que no cabe interpretación ante el texto expreso del inciso 1º del artículo transcrito:

"El descubridor de mina debe hacer la manifestación de su hallazgo", por consiguiente si se presentan veinte, treinta ó cien descubridores de minas deben hacerse veinte, treinta ó cien manifestaciones distintas y todas ellas con las indicaciones que previene el inciso 2º

9º Que la razón de la ley es clara. Cada descubridor va á constituir una propiedad minera distinta que no ha de querer que se confunda con la de otro, ya que va á entrar á formar parte de su peculio y con el fin de poder disponer de ella de la misma manera que de los demás bienes raíces, según los términos del artículo 60 del Código de Minería. Por eso, para que el minero tenga título definitivo, es necesario que preceda la demarcación de su mina en la forma prescrita en el título 6º del citado Código, sin perjuicio de la demarcación de cada pertenencia, si hubiere pedido más de una;

10. Que en el caso actual se han presentado por medio de una sola manifestación trescientos descubridores que afirman haber descubierto minerales de hierro y piden cada uno de ellos tres pertenencias de cinco hectáreas cada una, sin indicar ni siquiera someramente los deslindes de cada pertenencia ó sus señales características; de manera que, en rigor, trescientos descubridores constituyen una sola propiedad minera;

11. Que esta manera de constituir la propiedad minera no sólo contraría el texto expreso de la ley, como ántes se ha manifestado sino su espíritu, porque el deseo y hasta el precepto de la ley es que las pertenencias y hasta las posesiones de las minas estén encargadas y sean trabajadas por distintas personas, que den á cada una de ellas el mayor vuelo y progreso posibles. Esta interpretación se deduce del artículo 24 del Código de Minería;

12. Que, en consecuencia, es de rigor que cada descubridor se presente separadamente y en la forma prescrita en el ya citado artículo 29 del Código de Minería.

Por estas consideraciones, se declara que este Tribunal es competente para conocer de la apelación pendiente, y que se confirma el auto apelado de 20 de abril último.

Redactada por el señor Ministro Cisternas Peña.—*P. Roberto Vega.—E. Barros.—E. Cisternas Peña.—M. A. Quirell.—W. Larrain.*

Corte de la Serena.—16 de noviembre de 1906

Nuñez con del Canto v. de Nuñez y otras

Asignatarios á título universal.— Heredero. - Cónyuge sobreviviente.— Porción conyugal.—Sociedad conyugal.—Testamento.—Deudas testamentarias. — Principio de prueba por escrito.—Cotejo de firmas.

DOCTRINA:—*Los asignatarios á título universal son herederos y representan al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles,*

El cónyuge á quien por cuenta de porción conyugal ha cabido, á título universal, alguna parte en la sucesión del difunto es responsable á prorrata de esa parte, como los herederos por sus respectivas cuotas, y las deudas hereditarias se dividen tambien á prorrata de sus cuotas.

La sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por uno de los cónyuges y que no fueren personales de éste.

La deuda confesada en el testamento debe darse por legalmente establecida si hay de ella, además, un principio de prueba por escrito.

Si el documento en que consta la obligación corresponde exactamente á las anotaciones de un cuaderno del deudor cuya autentidad es evidente y si, además los peritos informan que la letra de dicho documento es igual á la de las firmas auténticas del deudor con las cuales lo han cotejado, el expresado documento constituye un principio de prueba por escrito, pues es un acto escrito del demandado ó su causante que hace perfectamente verosímil el hecho litigioso constante del testamento.

Don Domingo Núñez C., demandando expone:

La testamentaría de don Daniel Núñez Carabantes me adeuda la suma de $ 6.000 é intereses respectivos al 8% anual, desde el día 1.º de enero de 1902; todo lo cual se comprueba por lo que se declara por el expresado don Daniel Núñez Carabantes en el testamento y documento que acompaño.

La testamentería deudora está representada por doña Ana María del Canto, como cónyuge sobreviviente y por los herederos instituidos en la cláusula 6ª del testamento: doña Ana, doña Rosa y doña Rosario Núñez.

Las gestiones privadas que he hecho para el pago de la cantidad que se me adeuda han sido del todo inútiles, por cuanto la señora del Canto, mal aconsejada por el consultor que ha elegido, se niega sin fundamento alguno atendible á efectuar el pago de este crédito.

Por esta circunstancia y aún cuando por mi parte no deseo entrar en pleitos con nadie, me veo obligado á solicitar judicialmente el pago del crédito en referencia, entablando con este objeto formal demanda contra doña Ana María del Canto v. de Núñez, doña Ana, doña Rosa y doña Rosario Núñez C.

Termina pidiendo que se declare á su tiempo, todo conforme se establece en los documentos que acompaña, que las personas demandadas que representan la testamentaría

de don Daniel Núñez C, están obligadas á pagarle dentro de tercero día, la cantidad de $ 6,000 y sus intereses al 8% anual, desde el día 1º de enero de 1902, y las costas del juicio.

Doña Ana, doña Rosa y doña Rosario Núñez contestan por su parte aceptando la demanda y la efectividad de los hechos en que se funda.

Don Aurelio del Rio, contestando como mandatario de la otra demandada, doña Ana María del Canto v. de Núñez, pide se deseche la demanda, con costas.

Dice: "se apoya el demandante en la cláusula cuarta del testamento de don Daniel Núñez y en el papel ó recorte que acompaña á su demanda, al que da el nombre de documento.

"Dicha cláusula testamentaria no puede servir de prueba al demandante, en virtud de lo prescrito por el artículo 1133 del Código Civil.

"Y sería inútil pretender que el papel acompañado á la demanda sirviera de principio de prueba por escrito, porque mi parte niega la autenticidad de ese papel y la deuda que con él se pretende establecer.

"Si se examina un segundo el documento acompañado á la demanda, necesariamente se comprenderá hasta que punto es inverosímil que un abogado y además de eso notario, haya admitido en resguardo de un crédito por la no despreciable suma de $ 6.000, un pagaré otorgado en forma tan original."

En la réplica, el demandante sostiene que su crédito está perfectamente comprobado, pues está reconocido por una parte de los demandados y, además, el documento privado que acompaña es auténtico y debe tenerse como tal en virtud del reconocimiento contenido en la cláusula cuarta del testamento, conforme á lo establecido en el artículo 335 número 2º, del Código de Procedimiento; que por otra parte, y sólo á mayor abundamiento, solicitará el cotejo de dichos documentos con las firmas colocadas por el deudor en instrumentos públicos; que si ese documento no está estendido en la forma ordinaria de los pagarées, esto se debe á la confianza ilimitada que existía entre ambos hermanos, no habiendo exigido jamás resguardo alguno á don Daniel, quien sólo por exceso de honradez escribió el documento aludido, el cual en todo caso está en mejor condición que los simples pareles de que habla el artículo 1704 del Código Civil.

Duplicando, las señoritas Núñez, sostienen también que está suficientemente probado el crédito del demandante.

Duplicando por su parte el mandatario de la señora viuda de Núñez, reproduce su anterior argumentación, fundada en el artículo 1133 del Código Civil y agrega: "Por otra parte, es elemental en derecho que nadie puede contraer obligaciones en virtud de actos de terceros en que no ha intervenido ni indirectamente; de modo que la confesión de las demás demandadas les afectará á ellas, pero á mi parte nó.

"En cuanto al documento, subsisten todas las circunstancias que lo hacen inaceptable como prueba; pues aun suponiendo por un momento que la firma que en él aparece sea la firma de don Daniel Núñez, salta á la vista que ese papel es un recorte de otro en el que había algo más escrito y del que se ha sacado la parte que el demandante creyó conveniente.

"¿Por qué estos manejos?

"¿Por qué el demandante ha ocultado, cercenándolo, lo que estaba escrito en el resto del papel?"

Se ordenó acompañar minutas de prueba y listas de testigos y no habiéndose presentado por ninguna de las partes, á petición de la señora viuda de Núñez se mandaron entregar los autos para alegar, y evacuados los alegatos y practicado el cotejo de letras de que da cuenta la diligencia, se citó para sentencia.

El juzgado de la Serena, con fecha 28 de enero de 1906, resolvió:

Considerando:

1º Que en el testamento acompañado á la demanda, don Daniel Núnez instituye como sus únicos herederos á sus tres hermanas, de modo que no habiéndose reformado el testamento para que se dé ó integre la porción conyugal á la viuda, no debe tenerse á ésta como heredera y además ella misma en la respuesta al alegato expone que no lo es;

2º Que no siendo heredera la viuda, al dirimir

girse también contra ella la demanda debe entenderse que se hace en su carácter de miembro de la sociedad conyugal habida entre ella y el testador;

3º Que estando aceptada la demanda por las herederas, sólo resta examinar si legalmente procede la demanda contra la viuda;

4º Que negando ésta la efectividad de la deuda, corresponde al demandante comprobarla;

5º Que no importa tal prueba la confesión que hacen las otras demandadas, tanto porque la confesión sólo hace fe contra quien la presta, como principalmente porque en el caso actual tienen interés esas demandadas en que la viuda contribuya al pago que de otro modo tendrían que efectuar ellas solas;

6º Que la cláusula del testamento que se invoca también como prueba, es la que sigue: "Cuarta. Declaro que debo á mi hermano don Domingo Núñez Carabantes la cantidad de $ 6.000, suma que recibí de él en préstamo y que la invertí en su totalidad en la construcción de mi casa de dos pisos número 1615 de la calle la Compañía de la ciudad de Santiago. Los intereses de este capital á razón del 8% anual, los he satisfecho hasta el día 31 de Diciembre del año pasado, según liquidación que he practicado en esta ciudad con fecha 1º de febrero último";

7º Que aunque el instrumento público hace plena fe respecto de las deudas que contraigan ó reconozcan en él los otorgantes, esta regla del artículo 1700 del Código Civil tiene la excepción indicada en el artículo 1133 del mismo Código, acerca de que las deudas confesadas en el testamento y de que por otra parte no hubiera un principio de prueba por escrito se tendrán por legados gratuitos, excepción aplicable en el presente caso, ya que el único principio de prueba por escrito invocado por el demandante es el documento, cuya autenticidad y veracidad han sido negadas;

9º Que para acreditar esta autenticidad y veracidad no ha rendido prueba alguna el demandante, sosteniendo que basta lo expresado en la cláusula del testamento transcrita en la cual, como se ve, no se reconoce tal documento ni se dice siquiera que exista alguno, deduciéndose de esto más bien una presunción contraria á la existencia de dicho documento;

10. Que el cotejo de letras pedido á mayor abundamiento por el demandante, además de que no constituye por sí solo prueba suficiente, sino que solo puede servir de base á una presunción judicial, el practicado en este juicio no arroja mérito para esa presunción ó para que ella sea de la gravedad y precisión necesarias para que forme convencimiento de la autenticidad de dicho documento, pues aunque los peritos informaron que la letra de él es igual á la de las firmas auténticas de don Daniel Núñez, con las cuales se cotejó y el Juzgado ha observado también que son iguales las firmas y muy parecida á la de ellas la letra de las seis últimas líneas, se nota alguna desemejanza en la letra de las tres primeras líneas que dicen: "A razón del 8% anual le debo á Domingo Núñez Carabantes, $ 6.000 pagaderos en la Serena"; se notan asimismo en esas tres líneas borraduras y raspaduras de otras palabras diversas escritas anteriormente en ellas, alcanzándose todavía á distinguir "le adeudaba", debajo de "Domingo" y "doscientos veintiseis" debajo de "pesos pagaderos" y se nota también que está borrada sobre la primera línea: "valor de $ 111", "número" y otras palabras que no se alcanzan á distinguir;

11. Que, además, como lo advierte la señora Núñez en la dúplica, el documento de que se trata está en un pedazo de papel en que se conoce se ha recortado lo demás que había escrito en esa cara y tiene también escrito al dorso algo como la conclusión de una carta de don Daniel en que se habla de negocios entre él, su hermano Dionisio y una señora Rosario; así es que por amplios que sean los términos de la definición que se da en el artículo 1711 del Código Civil de lo que debe entenderse por principio de prueba por escrito, no cabría en ellos un documento en esas condiciones, sobre todo teniendo en su parte esencial, como es el nombre del acreedor y la cantidad debida, enmendaturas que no han sido salvadas.

Por tanto, y con arreglo á lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, se declara que ha lugar á la demanda, sólo respecto de

doña Ana, doña Rosa y doña Rosario Núñez, quedando, en consecuencia, absuelta de ella la otra demandada.—*A. M. de la Fuente.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: consta de estos antecedentes que, con posterioridad á la sentencia de primera instancia y expresando agravios el demandante don Domingo Núñez Carabantes, acompañó á los autos un libro de apuntes, que su dueño y autor titula "Cuaderno de Jeodesia perteneciente á Daniel Núñez Carabantes".

El libro aparece abierto en Serena, á 30 de abril de 1872 y contiene, fuera de las anotaciones expresadas, otras sobre metalurgia referentes á la profesión de ingeniero de minas, cuya era la de su autor, el citado Daniel Núñez C.

El mismo cuaderno contiene también otras anotaciones de carácter económico, relativas á diversas operaciones, como ser: entradas, gastos, pagos, giros, etc., del citado don Daniel Núñez C., operaciones cuya fecha inicial es la misma del año 1872.

Gran parte de estas operaciones y anotaciones que importan percepción ó entrega de sumas de dinero, aparecen firmadas por el referido don Daniel Núñez Carabantes y muchas de ellas, como las demás del cuaderno, se encuentran con raspaduras ó enmendaturas que, á la simple vista son de su propio autor y denotan que los apuntes no eran llevados con el esmero y proligidad con que tales operaciones se hacen en un libro de contabilidad.

El documento acompañado, base del presente juicio, corresponde exactamente á las anotaciones de ese cuaderno del año 1895; y se comprueba aún más su perfecta autenticidad, tomando nota de las apuntaciones del dorso que dan constancia de que don Daniel Núñez C. recibió de su hermana doña Rosario la suma de $ 1.000 que pagará, dice, sin intereses porque éstos los quedó debiendo en la Caja de Ahorros, que paga después del 15 de enero.

Explica en seguida la inversión de esos mil pesos.

La mitad de esa anotación aparece en el cuaderno acompañado y la continuación en el dorso del documento.

Ese documento es, pues, de autenticidad evidente y manifiesta.

Con el mérito de estos antecedentes, ampliando la exposición de la sentencia á los hechos expresados, aceptando los considerandos segundo y tercero de ese fallo; y

Teniendo además presente:

1º Que con el cuaderno de apuntes de que se ha hecho mérito, se ha comprobado la autenticidad del documento, base del presente juicio;

2º Que ese antecedente, unido al cotejo de firmas y demás del proceso, dan al citado documento el carácter de principio de prueba por escrito, ya que él constituye un acto del demandado ó su causante que hace perfectamente verosímil el hecho litigioso constante de la cláusula cuarta del testamento otorgado por don Daniel Núñez C., en marzo de 1902, ó sea, siete años después de la respectiva anotación en el cuaderno de apuntes tantas veces citado;

3º Que los asignatarios á título universal son herederos y representan al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles;

4º Que el cónyuge á quien por cuenta de porción conyugal haya cabido, á título universal, alguna parte en la sucesión del difunto será responsable á prorrata de esa parte, como los herederos por sus respectivas cuotas y las deudas hereditarias se dividen también á prorrata de sus cuotas;

5º Que la deuda cuyo pago se demanda fué contraída por don Daniel Núñez C. durante la sociedad conyugal habida entre él y doña María del Canto, una de las demandadas;

6º Que la sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por uno de los cónyuges y que no fueren personales de éste.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prescrito en los artículos 1711, 1740 número 2º, 1097, 1180 y 1354 del Código Civil, se confirma la sentencia apelada de 28 de enero último, con declaración de que ha lugar á la demanda también en contra de doña Ma-

ría del Canto, quien deberá contribuir al pago de lo demandado con su cuota correspondiente y siempre que ella cupiese en los gananciales que hubiere percibido ó percibiese en la respectiva liquidación de la sociedad conyugal con su marido don Daniel Núñez C.

Redactada por el señor Ministro Navarro Ocampo.—*Maximiliano E. Abalos.—E. Gómez Herreros.—D. Navarro Ocampo.*

Corte de Talca.—22 de Octubre de 1906

Díaz y otra con Leiva y otros

Aguas corrientes. — Ciudad. — Acequias. — Municipalidad. — Improcedencia —Competencia.

DOCTRINA:—*Según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Municipalidades, de 22 de Diciembre de 1891, corresponde á estas corporaciones reglamentar el servicio y uso de las aguas corrientes de las ciudades é igualmente la construcción, nivelación y limpia de las acequias y cloacas por donde ellas corren.*

Es improcedente la demanda presentada ante la justicia ordinaria con algunos de los fines anteriormente indicados.

Doña Francisca Díaz y doña Laurencia Díaz viuda de Méndez, por su hija Mercedes Rosa Méndez, dicen que son dueños de los sitios situados en la calle Una Sur del pueblo de Molina, cuyos títulos acompañan con los números 2º, 3º, 4º, 5º y 6º.

Que esos sitios los compraron con agua corriente, según consta de las escrituras de compra.

Que han estado en posesión del cauce ó acequia que los atraviesa por más de treinta años, así como también han gozado del agua que por él corre por igual tiempo.

Que con motivo de haber comprado unas propiedades á continuación de sus sitios los señores Andrés Leiva, Erasmo y Anacleto Correa y Fidel Norambuena, más abajo, y de haber comprado derrames de agua más arriba y que conducen sin permiso de ella por la acequia ó cauce en común que pasa por sus sitios, tratan de estorbarles continuamente el uso y goce de las aguas de ese cauce, llamándose dueños exclusivos y desconociéndoles el derecho de comuneros, llegando hasta impedirles que rieguen las plantas del jardín.

Que habiendo pedido permiso Leiva para ensanchar esa acequia que sirve para el aseo y demás usos domésticos de las manzanas del extremo Sur de este pueblo, que es la que entra por el potrerillo de don Cornelio y después de atravesar varios sitios y calles continúa por los sitios de los demandantes y otros hasta llegar á los predios de los demandados, les fué concedido con la condición de hacer ellos el trabajo á su costa, y por haber aumentado el caudal de aguas debieron aplicarse las disposiciones del artículo 869 del Código Civil, debiendo someterse á los demandados á dicha prescripción.

Que no habiendo concedido las demandantes permiso alguno para el paso de esas aguas por sus sitios ni mucho menos por el ensanche del cauce que hoy tiene, vienen en cobrar el mayor rasgo del suelo que ocupa, estimando la señora Francisca Díaz en $ 20 ese mayor rasgo y $ 220 para la señora Méndez, debiendo encañar ese cauce con material de cal y ladrillo dentro de ambos sitios por producir filtraciones en el estado en que se encuentran.

Y concluyen: "A fin de que se reconozca nuestro derecho á las aguas y el cauce y de no vernos privadas de su uso y goce y que se eviten los frecuentes actos de perturbación y molestias con que nos amenazan frecuentemente, veninos en interponer la presente demanda ordinaria en contra de don Andrés Leiva, de don Anacleto Correa, de don Erasmo Correa, de don Fidel Norambuena, para que se declare:

1º Que el uso y goce de [illegible] y el cauce nos corresponde como [illegible] os á virtud

de los títulos acompañados y por la posesión de más de treinta años;

2º Que por la malicia y mala fe de los demandados al negarnos nuestros derechos de comuneros de esas aguas, se les condene al pago de las costas tanto de este juicio como del en que se nos hizo la negativa, llamándose ellos los dueños exclusivos;

3º Que se aperciba á los demandados con una multa de $ 200 á beneficio de la Ilustre Municipalidad de este pueblo, por cada acto de perturbación que se nos haga en el goce de esas aguas y acueducto que ejecuten todos ó cualquiera de ellos;

4º Que debe procederse á la distribución de las aguas en la forma que lo determina la ley;

5º Que debe pagársenos por el mayor terreno que ocupa el cauce, incluso el de un metro á cada lado y el 10% sobre sus valores, $ 20 para la primera de nosotras y $ 220 para la segunda;

6º Que deben los demandados construir de su cuenta, por el nivel actual, dentro de nuestros sitios, la encañadura y plan del cauce, con material de cal y ladrillo para evitarnos perjuicios.

Don José Andrés Leiva, don Anacleto Correa, don Erasmo Correa, y don Fidel Norambuena, contestando la demanda piden que se deseche, con costas.

Agregan: "El canal sobre que versa la demanda es el denominado "Los Cáceres". que existe desde tiempo inmemorial.

"El expresado acueducto se ha destinado siempre al riego y cultivo de las propiedades que adquirimos nosotros de la sucesión de don José María Cáceres, siendo por ello los últimos sucesores, propiedades que están situadas al Poniente de la Avenida Poniente de este pueblo, comunmente llamada Cancha de Carreras.

"Fuera de los cuatro condueños que contestamos la demanda, no ha tenido nadie ningún uso ni mucho menos dominio en él.

"Si en las escrituras de compraventa que exhiben los demandantes aparece que compraron con agua corriente, eso no pasa de ser una simple enunciación que siempre vemos en formularios de escritura de esta clase.

"Pero ni don Antonio Concha ni sus sucesores tuvieron jamás aguas propias de esas heredades.

"Las únicas que pasaban por ellas eran las del canal de "Los Cáceres", destinadas exclusivamente, como lo tenemos dicho, al regadío de nuestras heredades de los suburbios de Poniente del pueblo."

Niegan haber ensanchado el canal.

Y concluyen: "Las demandantes no son ni han sido jamás comuneros con nosotros, no hemos ensanchado el cauce y no debemos por consiguiente rasgo alguno; el desnivel del canal está arreglado y el terreno por donde pasa es firme y no permite filtraciones, por lo que no hay que encañar nada; como si alguno quisiera darse esta comodidad, declaramos que no somos inconvenientes, siempre que lo hagan á su costa y sin menoscabo de nuestro derecho."

En la réplica se refuerzan los argumentos de la demanda y concluyen:

"Mis mandantes alegan á su favor la prescripción adquisitiva de dominio á que les da derecho el artículo 882 del Código Civil, sin perjuicio de sus títulos que tienen acompañados, para que se les tenga como dueños y por consiguiente comuneros de las aguas que los demandados llaman de "Los Cáceres" y que los mismos demandados confiesan que hace más de quince años á que pasan por el acueducto ó acequia que está dentro de los sitios de mis mandantes, porque precisamente de esas aguas y de las del pueblo que van en común, han estado en posesión y lo están hasta hoy día mis mandantes y sus antecesores como dueños haciendo el uso doméstico de ellas en el riego de sus sitios, quieta y pacíficamente durante esos quince años y aún treinta años, como se probará á su debido tiempo."

La dúplica es de mero trámite.

La causa se recibió á prueba, rindiéndose la que consta de autos.

A solicitud de los interesados se practicó una inspección á la acequia y se levantó el acta respectiva.

Se citó para sentencia y el Juzgado con fecha 15 de diciembre de 1905, resolvió:

Considerando:

1º Que los demandantes fundan su derecho al canal y al uso y goce de las aguas que atraviesan sus predios en los títulos acompañados y en la posesión de más de treinta años;

2º Que los títulos no especifican la cantidad de aguas con que fueron vendidos esos predios ni de donde provienen, por lo que es de presumir que se ha empleado en la redacción de las escrituras la locución ó frase acostumbrada en esta clase de contratos sin que ella signifique que la intención de los contratantes ha sido vender y comprar sus predios con cierta cantidad de aguas inherentes en el dominio privativo de esos predios;

3º Que alegándose por los demandantes la prescripción de dominio por haber gozado de esas aguas quieta y pacíficamente por más de diez y hasta más de treinta años, debe estarse al mérito de la prueba rendida por las partes;

4º Que los demandantes sostienen que las aguas que conduce el cauce que atraviesa sus predios eran conducidas por el mismo acueducto desde el tiempo en que don Antonio Concha era dueño de esos predios, afirmando este aserto seis testigos;

5º Que los demandantes no han justificado que los vendedores de sus predios ó sus antecesores en el dominio construyeran ese cauce;

6º Que por el contrario, los demandados han justificado al tenor del punto primero de la minuta que el cauce de que trata fué construido única y exclusivamente para regar el predio denominado de "Los Cáceres", afirmando este aserto seis testigos;

7º Que los mismos han justificado también que el señor Concha, de quien pretenden derivar sus derechos á las aguas los demandantes, nunca vació aguas á ese cauce. Lo declaran seis testigos al tenor del punto tercero de la minuta;

8º Que también han comprobado con igual número de testigos que las aguas de la población no caen á ese cauce;

9º Que á mayor abundamiento, han justificado los siguientes puntos:

a) Que el límite Sur de este pueblo con su dotación de agua era la línea en donde con el trascurso del tiempo se formó la calle del Aromo, en cuya vereda Sur están las casas de los demandantes;

b) Que estos edificios fueron construidos después de hecho el cauce denominado de "Los Cáceres";

c) Que las aguas que han caído al cauce de que se trata datan de ménos de diez años;

10. Que la circunstancia de que ese cauce arrastra además de las aguas propias de los demandados otras que sin tener un dueño cierto y determinado van á caer al mismo cauce y todas en común atraviesan los predios de los demandantes, no constituye para éstos una forma de posesión de esas aguas ni de fundamento para prescripción;

11. Que las demandantes han justificado al tenor de los puntos cuarto y quinto de su minuta, que los demandados ensancharon el cauce y le dieron profundidad en sus sitios y que á consecuencia de estas obras está por desplomarse una mediagua en la casa de la señora Díaz y está humedeciéndose una pieza de la de la señora Méndez.

Con arreglo á estos fundamentos y visto lo dispuesto en los artículos 1698, 2449, 2506 y 2507 del Código Civil, reglas 2ª y 3ª del artículo 374 del Código de Procedimiento,

Se declara:

1º Que no ha lugar á la prescripción alegada por las demandantes en su escrito de réplica;

2º Que no ha lugar á las peticiones primera, segunda, tercera y cuarta de la demanda; y

8º Que ha lugar á las demás peticiones, entendiéndose que el mayor valor del rasgo del terreno ocupado por el cauce en los sitios de las demandantes así como la calidad de los materiales deberán ser determinados por un perito nombrado en la forma ordinaria.—*R. Vergara.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: con lo relacionado en la sentencia de primera instancia; y

Teniendo presente:

1.º Que las demandantes exponen en su li-

belo que las aguas que corren por la acequia que atraviesa sus propiedades y que han ensanchado los demandados son las aguas del pueblo y que sirven para el aseo y demás usos domésticos de sus habitantes y que además esta acequia ó cauce existe desde que se formó el pueblo de Molina;

2º Que con relación á este aserto los mismos demandantes han justificado con seis testigos contestes que los demandados Leiva y Correa cuando compraron derrames de agua al Oriente las echaron á la misma acequia que conduce las aguas del pueblo;

3º Que la inspección ocular de que da cuenta el acta deja constancia que las aguas de la población con las de los demandados, cuando corren, se juntan en el sitio de Manuel Varas que da á la calle de Maipú por el lado Oriente;

4º Que según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, corresponde á éstas reglamentar el servicio y uso de las aguas corrientes de las ciudades igualmente la construcción, nivelación y limpia de las acequias y cloacas por donde ellas corren.

Con arreglo á la disposición legal citada y á lo dispuesto en el artículo 1698 del Código Civil, se suspenden los efectos de la sentencia apelada de 15 de diciembre del año próximo pasado, y se declara improcedente la demanda, sin perjuicio de los derechos que puedan hacen valer las demandantes ante quien corresponda.

Redacción del señor Ministro Lois.—*F Urrutia.— D. M. Lois—José Agustín Barros M.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Valparaíso.—Cas. en la forma.— 7 de noviembre de 1906

Hirsch con Hernández

Decisión del asunto controvertido.— Excepción de prescripción. — Formalización y anuncio del recurso de casación.- Procedencia del recurso.

DOCTRINA:—*No omite la decisión del asunto controvertido la sentencia que no se pronuncia sobre la excepción de prescripción, si el juicio no versó sobre esta excepción que sólo fué puesta por el demandado al contestar una demanda anterior que quedó sin efecto y no fué invocada en la nueva lítis.*

Es procedente el recurso de casación formalizado dentro del término que concede la ley para anunciarlo, porque no hay disposición legal que prohiba anunciar ó formalizar á la vez el recurso de casación y por el contrario el artículo 950 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil sólo exige para la procedencia del recurso el que se interponga en tiempo.

En juicio seguido por don Herman A. Hirsch con don Miguel Hernández, sobre cobro de pesos y demás deducido, se pronunció el 6 de agosto último sentencia, por la cual se declara que há lugar á la demanda promovida por el primero y se desecha la reconvención del segundo.

Contra esta sentencia interpuso don Miguel Hernández recurso de casación en la forma, fundándolo en haber omitido el juez *á quo* fallar la prescripción por él alegada en el escrito en que contestó la demanda.

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que si bien es cierto que en la contestación el recurrente opuso á la demanda la excepción de prescripción, también lo es que ambos trámites quedaron sin efecto y en tal virtud el demandante don Herman A. Hirsch

entabló nueva demanda reproduciendo la primitiva;

2º Que al contestar esta demanda, Hernández no reprodujo, por su parte, la excepción de prescripción que había propuesto en su anterior contestación, ni la ha alegado formalmente con posterioridad;

3º Que no habiendo versado el juicio sobre dicha excepción, la sentencia recurrida no ha debido tomarla en cuenta y no adolece, por lo tanto, del vicio en que se apoya el recurso.

Con arreglo á lo dispuesto en el artículo 960 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar el recurso, con costas.

Entréguense los autos para expresar agravios.

Acordada por unanimidad después de haberse rechazado la indicación previa del señor Ministro Moreno para que no se entrara á conocer del recurso de casación, habiendo quedado firme la sentencia recurrida por falta del anuncio en forma del citado recurso.

Funda su indicación en que, conforme á lo dispuesto en el artículo 943 del Código de Procedimiento Civil: "El que intenta interponer el recurso deberá anunciarlo al Tribunal que ha pronunciado la sentencia en el término de quinto día y hecho este anuncio, tendrá el plazo de otros cinco días para formalizar el recurso de casación en la forma y otros diez días para formalizar el recurso de casación en el fondo.

"Si no se anunciase ó no se formalizara el recurso en los plazos indicados, la sentencia quedará firme."

Considera el expresado señor Ministro que la ley establece plazos especiales para el anuncio y la formalización del recurso y exige para la validez y aceptación de cada una de tales formalidades el que se lleven á efecto dentro de sus plazos respectivos, sin que sea lícito prescindir de alguno de ellos ó verificar conjuntamente dichas formalidades; y con mayor razón si se toma en cuenta que los referidos plazos, según el artículo 67 del mismo Código, tienen la condición de fatales y deben entenderse los derechos irremisiblemente extinguidos por el ministerio solo de la ley al no ejercitarse antes del vencimiento de los términos señalados.

La mayoría del Tribunal no aceptó la indicación precedente por haberse formalizado el recurso dentro del término que había para anunciarlo y porque no hay disposición legal que prohiba anunciar y formalizar á la vez el recurso de casación, existiendo, al contrario, la del artículo 950, número 2º del Código de Procedimiento Civil que sólo exige á este respecto, para la procedencia del recurso, que se interponga en tiempo, lo que se ha hecho en el presente caso.

Redactada por el señor Ministro Pineda.—*Luis Ignacio Silva.—Braulio Moreno.—Pedro N. Pineda.—A. Bezanilla Silva.*

———

Corte de Talca.—27 de octubre de 1900.

Gaete y otros con Municipalidad de San Gregorio

Apelación. - Improcedencia. - Cuantía de la materia disputada.—Competencia.—Pluralidad de acciones—Historia fidedigna.

DOCTRINA:—*Es improcedente el recurso de apelación contra la sentencia dictada en un juicio cuyo valor no excede de $ 300.*

Si varias personas han demandado conjuntamente á otra para exigir el pago de servicios prestados, el monto de la demanda no es el que resulte de la suma de las cantidades cobradas, sino el que separadamente tengan los créditos de cada acreedor.

Aunque el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil autoriza para intervenir en un mismo juicio á varias personas que deduzcan acciones que crea

nen de un mismo hecho, de la historia fidedigna de su establecimiento consignada en las actas de la Comisión Revisora, se desprende que no se refiere al caso de varios acreedores que se unen para exigir el pago de los servicios adeudados á cada uno de ellos por el demandado. Aún suponiendo aceptable que se junten distintas personas para litigar en un solo pleito ejercitando idénticas acciones contra otro, no puede sostenerse que el monto de la demanda debe ser la suma de las cantidades cobradas, pues, de este modo se podría alterar no sólo el procedimiento establecido para la sustanciación de los juicios sino aún la competencia del Tribunal llamado á fallarlos, procedimiento y Tribunal que quedaría á elección de los demandantes, elevándose el monto de la demanda con juntarse para entablarla.

Don Nilandor Gaete, Víctor Manríquez, Manuel Fuentes, Rosalino Bueno y Abel Soto, dedujeron demanda ante el juzgado de San Carlos exponiendo: que prestaron sus servicios como sargento el primero y como soldados los demás en la policía de la comuna de San Gregorio; que, no obstante, el tesorero municipal se ha negado á pagarles los sueldos devengados según consta de las planillas que acompañan, alegando que no existe dinero en caja; que al primero de los demandantes se le adeudan los sueldos de cuatro meses ocho días, á razón de $ 30 mensuales, o sean $ 128; al segundo se le adeudan los sueldos de tres meses á razón de $ 24 ó sean $ 72, al tercero se le adeudan los sueldos de cuatro meses ocho días, á razón de $ 24, ó sean $ 99,20; al cuarto se le adeudan los sueldos de cuatro meses á razón de $ 24, ó sean $ 96; y al último de los demandantes se le adeudan los sueldos de tres meses quince días, á razón de $ 24, ó sean $ 84; y que, en consecuencia, demandan al tesorero municipal de San Gregorio y piden que en definitiva se declare que la Corporación á quien representa debe pagarles las cantidades antes espresadas, ó sea la suma de $ 479,20, con más los intereses legales y las costas.

Francisco Manríquez, Pedro Bueno y Mercedes Zúñiga se adhirieron á la demanda y pidieron que en mérito de las mismas razones ya mencionadas, se declarara que la Municipalidad de San Gregorio debía pagarles la suma de $ 283,20, valor á que ascienden sus sueldos devengados como empleados que fueron de la policía de San Gregorio.

El tesorero municipal de San Gregorio, contestando la demanda, pidió que se absolviera de ella á la Corporación exponiendo que los demandantes jamás han sido nombrados empleados de la policía, ni han prestado servicio alguno en tal carácter; y que si han servido á alguien habrá sido al primer Alcalde, como campañistas, lecheros ó mozos de mano en su fundo, puesto que á los empleados personales del primer Alcalde se les veía usar la ropa que el Supremo Gobierno destina para el uso de las policías.

La réplica fué de mero trámite.

En la dúplica se insistió en que los demandantes no han prestado los servicios que cobran, y se agregó que no se comprende cómo pueden estar impagos los soldados de policía cuando de los libros de la Tesorería aparece que don Francisco Solano Hernández, tesorero municipal de San Gregario, tenía en su poder más de $ 4.000 de los que no ha podido rendir cuenta.

Previo los trámites legales, la causa fué recibida á prueba y se rindió lo que corre en autos

Se oyó al Ministerio Público y se citó para sentencia.

El Juzgado de San Carlos, con fecha 24 de abril de 1904, falló:

Considerando:

Que si bien los demandantes con la prueba rendida han justificado haber prestado los servicios que detallan en la demanda, sin embargo no han justificado que estén impagos de esos servicios ó sea que no hayan recibido los sueldos asignados á sus respectivos em-

pleos, toda vez que las planillas acompañadas no bastan en manera alguna para establecer esa circunstancia.

Con arreglo al artículo 1698 del Código Civil y 151 del Código de Procedimiento Civil, se declara que no ha lugar á la demanda de la cual se absuelve á la Corporación demandada.

Se exime á los demandantes del pago de costas, por aparecer de autos que han tenido motivo plausible para litigar.—*Felipe Urzúa.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Mandó traer los autos en relación con respecto á la procedencia del recurso y resolvió:

Considerando:

1º Que si bien el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil autoriza para intervenir en un mismo juicio á varias personas que deduzcan acciones que emanen de un mismo hecho, de la historia fidedigna de su establecimiento consignada en las actas de la Comisión Revisora, se desprende que no se refiere al caso de varios acreedores que se unen para exigir el pago de los servicios adeudados á cada uno de ellos por el demandado;

2º Que, aún suponiendo aceptable que se junten distintas personas para litigar en un solo pleito ejercitando idénticas acciones contra otro, no puede sostenerse que el monto de la demanda debe ser el que resulte de la suma de las cantidades cobradas, pues de de este modo podría no sólo alterarse el procedimiento establecido para la sustanciación de los juicios sino aún la competencia del Tribunal llamado á fallarlos, procedimiento y Tribunal que quedaría á elección de los demandantes, elevándose el monto de la demanda con juntarse para entablarla; y

3º Que, si cada uno de los actuales demandantes hubiera cobrado por separado, como era lo natural, la suma que dice adeudársele no habría procedido del recurso de apelación, pues ninguna de esas sumas excede de $ 300.

Teniendo presente lo dispuesto en el artículo 243 de la ley de 15 de octubre de 1875 sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales, se declara: que no es procedente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 26 de abril de 1904.

Acordada contra el voto del señor Ministro Urrutia que estuvo por declarar procedente el recurso y que el Tribunal debiera conocer de la causa el fondo, á virtud de los fundamentos que consigna en el libro de acuerdos.

Redacción del señor Ministro Barros Merino.—*F. Urrutia.—D. M. Lois.—José Agustín Barros M.*

VOTO ESPECIAL

En la causa civil seguida en el Juzgado de Letras de San Carlos entre don Nilandor Gaete y otros con la Municipalidad de San Gregorio, sobre cobro de pesos, el infrascrito opinó por declarar procedente el recurso de apelación y en consecuencia, que debe verse la causa por el fondo.

Tuvo presente:

1º Que todos los demandantes han obrado conjuntamente, nombrando un solo mandatario;

2º Que en una misma demanda, según el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil, pueden intervenir como demandantes varias personas, siempre que se deduzca la misma acción, como acontece en el presente caso, por el sargento 1º jefe de la policía de San Gregorio y demás policiales de que ella constaba;

3º Que la acción común emana directamente de un hecho, cual es la prestación del servicio;

4º Que la historia fidedigna de la ley consignada en la sesión 23 de la Comisión, no limita las disposiciones del citado artículo 19 á casos taxativos y únicos;

5º Que los Jueces de Letras, conforme al artículo 243 de la Ley Orgánica de Tribunales, sólo son competentes para fallar en una sola instancia las causas en que el valor de la materia no pasa de $ 300.

6º Que el valor de la demanda, ó sean los sueldos cobrados, son $ 762.40; y

7º Que este Tribunal, ingresado el expe-

diente en apelación, mandó expresar agravios, á los que respondió el señor Fiscal y más tarde no dió lugar á la deserción del recurso por haberse apersonado los apelantes, por medio del Procurador don Heriberto Frías, en 6 de diciembre de 1905, y solamente en 4 de agosto último se ordenó traer los autos en relación sobre la procedencia del recurso, lo cual demuestra la inoportunidad de aplicar el artículo 438 del citado Código de Procedimiento, tanto más cuanto que la apelada parte no ha reclamado de la improcedencia.

Talca, 15 de noviembre de 1906.—*Fidel Urrutia.*

———

Corte de Concepción.—15 de octubre de 1906.

Vera v. de Villagrán con Harismendy Hnos. y Larroulet

Querella de amparo.—Acción posesoria.—Comunidad.

DOCTRINA:— *Entre comuneros no proceden las acciones posesorias.*

———

Don Eleuterio Vera, por doña Carmen Vera v. de Villagrán, demandando dice; que se están publicando los avisos de estilo para inscribir un título de compraventa por don José Antonio Lemus á favor de los señores Harismendy Hermanos y Larroulet y por el cual el primero vende á los segundos veinticinco cuadras de terreno que están dentro del fundo "Los Alamos", fundo que tiene los límites generales que se indican en el mismo escrito de demanda.

Esta propiedad, aunque pertenece en su totalidad á la sucesión de don Márcos Villagrán, en que tiene parte la demandante, la posee solo la segunda exclusivamente desde hace más de quince años á la fecha, habiendo ejecutado durante este tiempo y especialmente en el último año todos los actos propios del dominio, como ser roces, siembras, chacras, cercos, etc.

Aunque el vendedor don José Antonio Lemus es miembro de la sucesión de don Andrés Villagrán, no posee ninguna parte del citado fundo, ni puede pretender derecho por haber vendido hace ya muchos años más de lo que podía corresponderle en la partición de esos bienes.

Por otra parte, el señor Lemus no ha tenido ningún derecho para disponer de una sección determinada del referido fundo; y no teniendo ese derecho, no debe inscribirse el título de compraventa á que se ha referido.

Además, dicho fundo está indiviso, por lo que aun en el supuesto de que al vendedor Lemus le quedara algún derecho sobre él, no podría enajenar una parte del mismo sin que previamente se hiciera la liquidación de la comunidad existente.

Por todas estas razones se opone á que se inscriba el título de que ya ha hecho mención.

Los demandados, contestando, dicen: que aunque la demandante parece que pretende negar al principio el derecho de comunero que tiene al fundo "Los Alamos" el vendedor don José Antonio Lemus, luego reconoce explícitamente ese derecho y siendo así, es indiscutible que la demanda carece de razón legal, pues entre comuneros no cabe ejercitar la acción entablada por la demandante. En consecuencia, pide se deseche la demanda con expresa condenación en costas.

No considerando conducente la prueba testimonial el demandado, pidió se citara para sentencia y puesta esta petición en conocimiento de la parte contraria, ninguna objeción hizo.

El Juzgado de Lebu, en 30 de diciembre de 1905, falló:

Con lo relacionado y teniendo presente:

Que la misma parte demandante reconoce que existe comunidad con el demandado en el bien á que se refiere el presente juicio; y

Que dada esta circunstancia, no es procedente la acción posesoria entablada.

Visto lo dispuesto en el artículo 917 de

Código Civil y 714 y 715 del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar la querella, con costas.

Quedan á salvo los derechos que el querellante pudiera hacer valer por la acción ordinaria.—*Francisco Rosende.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Se confirma, con costas del recurso, la sentencia apelada de 30 de diciembre último.—*Exequiel Figueroa Lagos.— E. Fuentes R.— Ramón Navarro O.*

Corte de Tacna.—23 de octubre de 1906

Focacci con Cañipa

Posesión; hechos constitutivos.—Querella.—Acción posesoria.—Inscripción.—Título inscrito.

DOCTRINA:—*No puede entablar acción posesoria sino el que pruebe haber estado en posesión real, tranquila y no interrumpida por un año completo, de terreno á que se refiere la querella, y esta prueba debe rendirse acreditando hechos positivos de aquellos á que solo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construccion de edificios, la de cerramientos, las plantaciones ó sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.*

Estos hechos no se acreditan con la simple presentación de un título inscrito, porque la inscripción es un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, lo cual únicamente caracteriza la posesión y es indudable que la inscripción, excepcionalmente exigida respecto de ciertos bienes por el artículo 724 del Código Civil, debe concurrir con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión.

Don Lizardo Belaunde, por don Alberto Focacci, comerciante domiciliado en Tacna, querellándose por denuncia de obra nueva, expone: que según aparece de la escritura pública inscrita que acompaña, su representado es dueño de un sitio ubicado en la calle de la Alameda, al que le corresponde el núm 17-A, el cual tiene una extensión de 12 varas de frente por 40 de fondo y cuyos linderos son por el frente ó sea el sur, con la calle de su ubicación; por el fondo ó sea el norte, con propiedad de don Andrés Albarracín; por un costado ó sea el este, con propiedad de doña Grimanesa Maldonado, y por el otro, ó sea el oeste, con sitio de doña Rosa Cañipa.

Que sucede que la colindante señora Rosa Cañipa por medio de su comisionado don Juan Tregear está haciendo levantar las paredes de su sitio, y sin tener en cuenta, por más que á aquella señora le consta, que su representado es dueño de 12 varas de frente por 40 de fondo, ha principiado á construir su pared divisoria por el lado este, que deslinda con sitio de su representado, tomándose una estensión de 2 varas de frente y siguiéndola en el mismo terreno de su mandante hasta llegar al fondo que colinda con la pared de la casa de don Andrés Albarracín, ó sea 80 varas cuadradas.

Que al señor Focacci le concedió la autoridad política el respectivo permiso de que pudiera levantar murallas en su sitio porque aquella autoridad encontró justo título, como se ve por la autorización que acompaña; y en mérito de esa vénia procedió y levantó la pared del frente tomando las 12 varas que marca la escritura, no pudiendo construir la que divide con el sitio de la señora Cañipa por falta de albañiles y material; de manera que aquella señora, no obstante de notar que la pared levantada por el señor Focacci se ha avanzado

2 varas de superficie que corresponden á éste, continúa la otra.

Que hace presente que su poderdante está en quieta y pacífica posesión del terreno que compró á doña Melchora viuda de Schmith desde el 2 de enero de 1902 sin que nadie le haya estorbado ni reclamado con título alguno su dominio hasta el día que ha principiado á hacer edificar la señora Rosa Cañipa de una manera arbitraria.

Que con el mérito de la escritura inscrita que acompaña y en conformidad á los artículos 721, 722 de la ley de Procedimiento Civil y 930 del Código Civil, entabla querella sobre denuncia de obra nueva y pide se mande suspender la obra que se construye en el terreno que se reclama, bajo los apremios de ley y tramitada que sea, declarar en definitiva que debe demolerse la pared con costas, daños y perjuicios.

La querellada doña Rosa Cañipa acompañó las escrituras y documentos y en su escrito de téngase presente, dice: que con el mérito del testamento, escritura de compraventa é inscripción que en copias certificadas acompaña, se servirá el Juzgado desechar la querella con expresa condenación en costas.

Que en 28 de octubre de 1853 don Romualdo Cañipa y su esposa compraron á doña María Ana González Vijil de Exhelmes, el sitio que posee en este puerto colindante con el que ahora es de don Alberto Focacci.

Que ese sitio tiene de latitud al frente y al lado opuesto ó sea al fondo 16 varas y de lonjitud 40 varas formando un paralelógramo rectángulo; que la antigüedad del título que presenta excluye toda idea de que se tratara de un título formado para apropiarse de propiedad ajena, lo que se confirma más teniendo en cuenta que la vendedora quedaba dueño del sitio colindante que ahora pertenece en parte á don Alberto Focacci.

Que ese título de compraventa otorgado el año 1853 hizo dueños á los descendientes de su mandante del sitio ó solar que compraron en este puerto, y como ese título quedó perfecto sin necesidad de inscripción alguna, lo que no era exigido por las leyes vijentes en la época de su otorgamiento, amparó la propiedad de los padres de su mandante contra toda detentación; en 10 de enero de 1902, don Alberto Focacci compró un terreno colindante, pero ese terreno no podía ser otro que el que quedaba á continuación del de su representada, pero sin menoscabarlo en lo menor.

Que el título del señor Focacci dice que el terreno que se compra tiene 12 varas de frente, pero no dice si en el fondo tiene ó no las mismas 12 varas.

Que la verdad es que el sitio del querellante solo tiene en el frente que da á la calle de la Alameda 11 varas, y en el lado opuesto, ó sea al fondo, 6 varas, teniendo la figura de un trapecio y no la de un paralelógramo rectángulo como tiene el sitio de su mandante, según su respectivo título.

Que del sólo el examen de los títulos de propiedad resulta infundada la querella.

Que es ridículo que haga mérito el querellante del permiso que obtuvo de la autoridad política y de la aprobación que dice dió esa autoridad á su título, porque ese permiso y esa aprobación no hacen mejor el derecho del querellante ni menoscaban los derechos de su representada, por la sencilla razón de que la autoridad política es incompetente para resolver sobre los derechos de propiedad que invoquen los particulares; que dice también el señor Focacci que desde enero de 1902 está en quieta y pacífica posesión del terreno que reclama como suyo, lo que no es cierto, porque él mismo confiesa que recién en el presente año obtuvo permiso para levantar la pared de ese sitio, único acto de posesión que hasta la fecha ha ejercido.

Que el testamento que en copia acompaña acredita que su mandante es hija legítima de don Romualdo Cañipa y su heredera y, por lo tanto, dueño del sitio ó solar comprado por aquél; que no teniendo el señor Focacci posesión sobre el sitio que ha hecho cercar su mandante, es improcedente la querella, que sólo tiene lugar cuando la obra nueva que se denuncia perturba la posesión del querellante; si á pesar de la claridad del título exhibido por su parte insiste el señor Focacci en reclamar como suyo un terreno que no le pertenece, será materia de un juicio ordinario y no de un interdicto.

Que pide se deseche la querella, condenando

al querellante al pago de las costas y á al indemnización de los daños y perjuicios causados.

Se rindió la prueba testimonial é información sumaria que corre en autos.

Se practicó la inspección personal del Juzgado de que da constancia el acta.

El querellante pidió se tuviera en parte de prueba escrita el expediente que sobre oposición á inscripción siguen las mismas partes y alegó la excepción de transacción.

Se opuso el representante de la querellada y se reservó para definitiva la resolución del incidente.

Se citó para sentencia y el Juzgado de Arica, con fecha 15 de julio de 1905, resolvió:

Con lo expuesto y teniendo presente:

1º Que la posesión de los derechos inscritos se prueba con la inscripción y mientras ésta subsista y con tal que haya durado un año completo no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla;

2º Que el poseedor tiene derecho para pedir que se prohiba toda obra nueva que se trate de construir en el suelo de que está en posesión;

3º Que con el mérito que arroja la inspección personal del Juzgado de que da constancia el acta, se ha comprobado debidamente que la pared se estaba levantando en el suelo de que está en posesión el querellante;

4º Que la ley no establece plazo fijo é improrrogable para presentar los medios probatorios en las querellas posesorias, sino que ordena que se tramiten y fallen con celeridad;

5º Que con la transación que corre en el expediente de oposición á inscripción seguido entre las mismas partes y sobre idéntica materia, se reconoce expresamente que el demandante señor Focacci tiene derecho á 12 varas de frente y que la demandada señora Cañipa sin tocar una sola pulgada de terreno alcitado demandante, verá el modo y forma de rescatar contra terceros hasta completar las 17 varas de su escritura de 28 de octubre de 1853;

6º Que en los juicios posesorios no se toma en cuenta el dominio que por una ú otra parte se alegue y sólo podrán exhibirse para comprobar la posesión, pero sólo aquellos cuya existencia pueda probarse sumariamente; visto lo prescrito en los artículos 923, 918, 924 y 930 del Código Civil y artículos 331, 725, 389, 392 y 410 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar, con costas, á la denuncia de obra nueva solo en cuanto se ratifica la suspensión provisional decretada, y no ha lugar por ahora á la demolición, por estimarse que el mantenimiento temporal de la obra no ocasiona ó para perjuicios al denunciante, ni á las demas peticiones de la denuncia,

Se dejan á salvo al vencido sus derechos en la forma establecida en el inciso 2º del artículo 725 del Código de Procedimiento Civil.—*A. Fuenzalida.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada de 14 de julio último, y

Considerando:

1º Que el denunciante don Alberto Focacci no ha rendido prueba alguna para establecer el hecho fundamental de la acción deducida, que es la posesión real, tranquila y no interrumpida por un año completo del terreno en que se ha construido la obra nueva por el denunciada;

2º Que esta prueba es de rigor absoluto en todo juicio posesorio y debe rendirse acreditando hechos positivos, de aquellos á que solo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, la de plantaciones ó sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión;

3º Que estos hechos, cuya demostración exige una disposición expresa del Código Civil, no se acreditan con la presentación de un título inscrito, porque si se aceptara esta sola prueba quedaría establecido que sería bastante á una persona hacerse dar por él que no es verdadero dueño de un bien raiz un título translaticio de dominio, inscribirlo en

seguida por los medios que indica el Reglamento del Conservador de Bienes Raíces y con esto solo arrebatar la posesión al que realmente la tiene y que ante la ley es el verdadero dueño mientras no se justifique en juicio contradictorio que no lo es;

4º Que la inscripción es un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, lo cual únicamente caracteriza la posesion, según precepto del artículo 700 del Código Civil, de tal manera que sin tenencia con ánimo de dueño no hay posesión, siendo indudable que la inscripción excepcionalmente exigida respecto de ciertos bienes por el artículo 724, debe concurrir con el hecho y circunstancias coustitutivas de la posesión, tal como se halla definida en el citado artículo 700;

5º Que en este juicio posesorio no puede tomarse en cuenta el escrito presentado de común acuerdo en el juicio seguido entre las mismas partes sobre oposición á inscripción;

6º Que, en consecuencia, no habiéndose rendido por el demandante prueba alguna para acreditar los hechos constitutivos de la posesión en que dice haber sido perturbado, la demanda debe ser rechazada;

Con arreglo á estas consideraciones y disposiciones legales citadas y visto además lo dispuesto en los artículos 918, 923, 925, 930 y 1698 del Código Civil, 703, 724 y 738 del de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia citada al principio y se declara sin lugar la demanda, con costas, dejándose al demandante á salvo su derecho para deducir en vía ordinaria las acciones que por la ley le correspondan.

Acordada por unanimidad, previniéndose que el señor presidente Vega sólo acepta los considerandos primero, segundo, tercero, quinto y sexto.

Redactada por el señor Ministro Cisternas Peña.—*P. Roberto Vega.—E. Cisternas Peña.—M.A. Quirell.—W. Larraín.*

Corte de Concepción.—6 de noviembre de 1906

Araneda con Atheus y Zúñiga

Nulidad absoluta.—Declaración de oficio.—Ejecución; embargo. -Tercería de dominio

DOCTRINA:—*No puede invocar la nulidad absoluta el que celebró el contrato sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba.*

Para que el juez ejerza la facultad de declarar de oficio la nulidad absoluta, es necesario que se halle en presencia de un juicio en que figuren legítimos contradictores y es necesario, además, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto ó contrato que se propone anular.

Don J. E. Figueroa, por doña Carolina Araneda viuda de Araneda, dice que en ejecución seguida por don Germán Atheus contra don Antonio Zúñiga se han embargado á éste las acciones y derechos que se dice le corresponden en el fundo "Leiva"; que este fundo es propiedad exclusiva de la recordada señora Araneda, como se acredita con la escritura que acompaña en que se ve adquiriéndolo á don Pantaleón Araneda, marido de doña Carolina, á quien en el testamento acompañado, cláusula 5ª, le deja dicho fundo; que de la escritura de compraventa otorgada á favor de don Pantaleón Araneda se ve que fué el mismo Antonio Zúñiga quien vendió el fundo "Leiva" á don Pantaleón Araneda; y concluye el señor Figueroa deduciendo tercería en los bienes embargados por don Germán Atheus agricultor domiciliado en Lloncas, á Antonio Zúñiga y pidiendo que se mande alzar el embargo, con costas.

Don Germán Atheus, pide que se deseche la tercería y que se dé lugar á la reconvención que deduce (y que no se menciona porque por sentencia de término se resolvió que no procedía aquí reconvención).

Niega que la señora Araneda sea dueña y poseedora regular de "Leiva", porque el título que acompaña es absolutamente vicioso y nulo, ya que no está inscrito, porque la inscripción es clandestina como la posesión que se atribuye á la tercerista.

Para inscribir no se hicieron las publicaciones del artículo 58 del Reglamento Conservatorio, ni se llenaron las prescripciones del artículo 693 del Código Civil.

Aparece del mismo acto de la inscripción, que se procedió sin fijarse carteles ni publicarse avisos por hallarse inscrita la propiedad en el Registro de Hipotecas de 1893.

Lo que da el dominio es la inscripción en el Registro de Propiedad y no lo da la inscripción en el de Hipotecas.

Además, el contrato de compraventa otorgado entre don Pantaleón Araneda y don Antonio Zúñiga es absolutamente nulo, porque sobre "Leiva" pesaban tres embargos: uno en ejecución de los señores Duhart Hermanos, otro en ejecución de don Agusto Dolhatz y otro en ejecución de don Juan Bautista Duhart.

Además, don José de la Luz Mariñán había deducido también tercería de dominio sobre el fundo "Leiva" antes de otorgarse por Zúñiga la escritura á favor de don Pantaleón Araneda.

Invoca los artículos 1464, 1682 y 1683 del Código Civil, además del inciso 1º del 1687.

Agrega que tiene derecho, como acreedor de Zúñiga, para alegar la nulidad absoluta del contrato de venta acompañado por la señora Araneda y concluye pidiendo que se declare absolutamente nulo el contrato de venta otorgado por Zúñiga á favor de don Pantaleón Araneda el 27 de octubre de 1895 en esta ciudad y relativo al fundo "Leiva", nulidad que se declarará también alcanzar á la inscripción del mismo contrato, inscripción que se mandará cancelar, todo con costas.

Se acumuló á los autos otra solicitud de tercería de la señora Araneda viuda de Araneda, deducida en la segunda ejecución seguida por don Germán Atheus, por $ 11.710, contra don Antonio Zúñiga, en que se han embargado á éste las acciones y derechos que se dice corresponderle en el fundo "Leiva".

Las partes de esta segunda tercería son las mismas de la primera y esta segunda tercería es idéntica en todo á la anterior, se hacen las mismas peticiones y se dirigen contra las mismas personas, y en lo único en que se distinguen es en la cuantía de la ejecución en que inciden.

Don Germán Atheus contestó en idénticos términos esta segunda tercería, como la primera.

Más adelante dice don Antonio Zúñiga que efectivamente vendió el fundo "Leiva" á don Pantaleón Araneda el 27 de octubre de 1895; pero que también es cierto lo que dice Atheus en su escrito de contestación, pues pesaban sobre "Leiva" los embargos ahí mencionados y concluye pidiendo que se resuelva la causa como fuere de derecho.

Recibida la causa á prueba, se rindió la que corre en autos, entre ellas unas posiciones absueltas por la señora Araneda.

Alegando pide la señora Carolina Araneda viuda de Araneda que se resuelva como lo tiene pedido en sus solicitudes, ya que la prueba instrumental como la testimonial justifican evidentemente su derecho: el fundo "Leiva" es de su propiedad exclusiva.

En las posiciones se ha tratado de hacer que la absolvente confiese actos ejecutados por un tercero en los que ella no intervino.

En su alegato pide Atheus que se desechen las dos tercerías, con costas: la nulidad alegada es absoluta y manifiesta.

Con la prueba rendida se acredita que pesaban tres embargos sobre el fundo "Leiva" cuando Zúñiga vendió este fundo á don Pantaleón Araneda, causal de nulidad indicada en los artículos 1464 y 1682 del Código Civil.

No habiéndose inscrito el título de don Pantaleón Araneda de un modo correcto, la tradición no se ha verificado; y la tercerista no ha probado su dominio en el fundo "Leiva".

Don Antonio Zúñiga, en su alegato, dice que lo hace únicamente por llenar el trámite de alegar, pues no le corresponde otra cosa que reproducir lo expuesto en su escrito, cree que la venta que hizo á don Pantaleón Araneda es nula, pero no cree digno alegar esa nulidad.

Se citó para sentencia y el Juzgado de Cauete, con fecha 30 de noviembre de 1905, alló:

Considerando: 1º que don Antonio Zúñiga vendió el fundo "Leiva" á don Pantaleón Araneda el 27 de octubre de 1896, contrato que se halla inscrito, como se ve del final del título;

2º Considerando que don Pantaleón Araneda adquirió de buena fe aquella propiedad, advirtiendo expresamente el vendedor Zúñiga que el fundo no tenía gravámen de ninguna especie, y sin que Zúñiga haya siquiera intentado rescindir la compraventa ó decir de nulidad del contrato;

3º Considerando que don Germán Atheus no es legítimo contradictor de don Pantaleón Araneda ó de quien sus derechos represente, para rescindir ó anular el contrato de compraventa mencionado mas arriba, ya que á la fecha en que se dice otorgado el pagaré por $ 950 (febrero de 1901) que sirvió para una de las ejecuciones de Atheus contra Zúñiga, éste se había desprendido completamente de sus derechos de "Leiva" y que con mayor razón habia sucedido lo mismo cuando otorgó la escritura pública de mútuo á favor de Atheus (septiembre de 1904) que sirvió para la segunda ejecución de Atheus contra Zúñiga;

4º Considerando que si hubiera adolecido de nulidad la compraventa de "Leiva" otorgada por Zúñiga á favor de don Pantaleón Araneda no podría aquél alegar ese vicio, ya que sabía ó debía saber que existían los tres embargos que se ha dicho existían sobre "Leiva" en la época de la compraventa;

5º Considerando que el vendedor Zúñiga ha ratificado tácitamente aquella compraventa;

6º Considerando que si bien es cierto que el juez puede, aún de oficio, declarar la nulidad absoluta de un acto ó contrato, es necesario que para poner en práctica esa facultad se halle en presencia de un juicio en que figuren legítimos contradictores; pues el juez no puede ni debe andar buscando ó inquiriendo actos ó contratos nulos absolutamente para declararlos como tales;

7º Considerando que el juicio de nulidad tiene trámites diferentes del de tercería, sin que por esto pueda entrarse á resolver si fué nula ó no la escritura inscrita otorgada por Antonio Zúñiga á favor de don Pantaleón Araneda el 27 de octubre de 1896; y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 1683, 1684 y 1695 del Código Civil y 542 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que ha lugar á las tercerías de dominio deducidas por doña Carolina Araneda v. de Araneda, con respecto al fundo "Leiva", en las dos ejecuciones deducidas por don Germán Atheus contra don Antonio Zúñiga, en cuyas dos ejecuciones se trabó embargo en las acciones y derechos que se dice corresponder á Zúñiga en el recordado fundo "Leiva", como se ve de las diligencias respectivamente escritas, de las ejecuciones acumuladas.

En consecuencia, decláranse alzados esos dos embargos, debiendo pagar Atheus las costas á doña Carolina Araneda v. de Araneda.—*José A. Mardones.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Teniendo presente, en lugar de la última parte del considerando quinto de la sentencia de primera instancia, que es necesario además que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto ó contrato que se propone anular, se confirma la referida sentencia de 30 de noviembre del año próximo pasado, con costas del recurso.—*Exequiel Figueroa Lagos.—E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

Corte de Valparaíso —29 de noviembre de 1906

José Tomás Ramos

Contribución de haberes.—Avalúo, reclamación.—Rol.— Municipalidad.— Nulidad.

DOCTRINA:—*Si las Municipalidades no forman oportunamente el rol de avalúos, rige la matrícula del año anterior.*

La Ley de Municipalidades impone á estas corporaciones la obligación de examinar las listas de avalúos antes del 1º de septiembre de cada año y si sólo las aprueban el día 2, esta aprobación es inoportuna y debe regir la matrícula del año anterior.

El perjudicado por el avalúo que, haciendo uso del derecho del artículo 44 de la Ley de Municipalidades, reclama ante el Juez de Letras, no puede pedir que se declare la nulidad del rol, porque no obra en representación de los demás vecinos y porque la acción de nulidad no procede en esa forma sino con arreglo al artículo 99 de esa ley.

———

Don José Tomás Ramos y Ramos, propietario, residente en Valparaíso, dice que en *El Heraldo* del 7 y 10 del presente se publica:

"Municipalidad de Viña del Mar.—Rol de avalúos para 1907.

En que aparece:

"Población Vergara, Avenida Libertad, acera Oriente, José Tomás Ramos, $ 100,000; acera Poniente, José Tomás Ramos $ 100,000; calle número 12 Norte, José Tomás Ramos, $ 20,000."

La subdelegación veinticuatro del departamento de Valparaíso forma la comuna ó Municipalidad número 50, Viña del Mar, creada por decreto supremo de 22 de diciembre de 1901 y consta de dos distritos, estando ubicada la Población Vergara en el primer distrito, que es rural; en consecuencia, las tres propiedades más arriba citadas son rurales.

El artículo 44 de la Ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891 fija la fecha en que la Municipalidad debe nombrar los tasadores; el artículo 45, cuándo éstos deben presentar el avalúo concluido; el artículo 48, dice: que la Municipalidad examinará las listas de avalúos, etc., y ordenará en seguida la publicación desde el 1º al 10 de Septiembre en un periódico del departamento, etc.

El artículo 49, dice: los que se consideren perjudicados por estos avalúos podrán reclamar hasta el día 20 de septiembre ante el Juzgado de Letras, etc.

Como la Municipalidad de Viña del Mar no se ha reunido para dar cumplimiento al artículo 48, pide que previamente se pronuncie el Juzgado sobre la nulidad del rol publicado anónimamente en *El Heraldo* antes de conocer sobre el reclamo del avalúo de las tres propiedades que formula al mismo tiempo.

En el comparendo á que fué citado con la comisión avaluadora, el señor Ramos pidió se declarara que el avalúo de sus propiedades ubicadas en Viña del Mar, debe estimarse en la cantidad fijada en el avalúo último y por el cual actualmente paga contribución, aunque lo considera aún exagerado.

La comisión avaluadora sostuvo que carecía de la representación legal bastante del Municipio para hacer observaciones respecto de la nulidad del avalúo pedido y, por lo demás, se mantiene en el avalúo y lo cree equitativo en vista del mayor valor que han adquirido las propiedades en Viña del Mar.

El señor Promotor Fiscal, á quien se pasaron los antecedentes en vista, es de opinión se asigne á las propiedades una estimación igual á la del año anterior.

El Juzgado de Valparaíso, con fecha 12 de noviembre de 1906, resolvió:

Considerando:

1º Que las Municipalidades deben examinar las listas de avalúos antes del 1º de septiembre de cada año para publicarlas desde el día 1º al 10 de cada mes;

2º Que aparece del certificado que la Municipalidad de Viña del Mar sólo aprobó el rol con fecha 2 de septiembre y su publicación, como consta del certificado, se hizo el 8 de septiembre;

3º Que cuando las Municipalidades no hubieren formado oportunamente el rol de avalúos regirá la matrícula del año anterior;

4º Que los que se consideren perjudicados por estos avalúos pueden hacer sus reclamos en la forma establecida por el artículo 49 de la Ley de Municipalidades vigente; y

5º Que don José Tomás Ramos y Ramos

no tiene poder para reclamar del avalúo de las demás propiedades que apareen en el rol.

Con arreglo á las precedentes consideraciones y visto lo dispuesto en los artículos 48 y 49 de la ley de 22 de diciembre de 1891 y artículo único de la de 17 de diciembre de 1901, se declara que ha lugar al reclamo y, en consecuencia, las propiedades de don José Tomás Ramos y Ramos á que se refiere el escrito, se considerarán valorizadas para el efecto de las contribuciones en la cantidad con que aparecen en la matrícula del último año.—*J. Germán Alzérreca.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: eliminando los fundamentos cuarto y quinto; y

Teniendo presente:

1º Que don José Tomás Ramos y Ramos, al reclamar la nulidad del rol de avalúos formado este año por la Municipalidad de Viña del Mar, no obra en representación de los vecinos de esa comuna sino en su interés personal y entendiendo ejercitar un derecho propio;

2º Que la sentencia de primera instancia, en la parte no apelada, da lugar á la reclamación del señor Ramos y Ramos en cuanto á él concierne, asignando á sus propiedades el avalúo que tenían conforme al rol del año anterior, y se funda para ello en la ineficacia legal del último rol por no haberse formado oportunamente;

3º Que la petición de nulidad de este rol último, en cuanto afecta á los demás vecinos de Viña del Mar, cuyos predios aparecen en él avaluados, no es procedente en la forma y vía ejercitadas por el reclamante.

Con arreglo también al artículo 99 de la Ley de Municipalidades, se confirma en la parte apelada la sentencia de 12 del presente mes, sin perjuicio de los derechos que don José Tomás Ramos y Ramos pueda hacer valer en la forma y vía legales para obtener la declaración de nulidad del último rol de avalúos formado por la Municipalidad de Viña del Mar.—*Pedro N. Pineda.—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.*

Corte de Tacna.—27 de octubre de 1906

Peña con Ferrocarril Salitrero

Testigos—Tachas.—Empleado.—Cuasi-delito.—Daño.—Negligencia.—Indemnización.—Perjuicios.—Responsabilidad.—Accidente.

DOCTRINA:—*Son inhábiles para declarar los dependientes de la parte que los presenta y tienen este carácter los empleados de una empresa ferroviaria en causa seguida contra esta empresa.*

El que ha cometido un cuasi-delito que ha inferido daño á otro es obligado á la indemnización. De la negligencia de los empleados de una empresa de ferrocarril responde la empresa. Responde por consiguiente del daño causado á un trabajador ocupado en cargar un carro si éste es atropellado, mientras iba con la carga por una locomotora de la empresa que no anunció su aproximación haciendo sonar campana ni hizo sonar el pito.

Juan de Dios Peña, trabajador al día, residente en Iquique, dice: que es antiguo cargador de salitre y ha observado siempre una conducta intachable.

Que el 15 de noviembre de 1904 en la mañana desempeñaba su oficio de cargar sacos de salitre en un carro que estaba estacionado en la línea férrea, frente á la bodega de Gibbs y Cª, y al pasar por la línea férrea paralela al desvío, fué atropellado por la loco-

motora número 24 del Ferrocarril Salitrero; con el choque rodó por el suelo y maltratado por la máquina resultó con los dedos del pie izquierdo destrozados y con graves contusiones en el pecho.

Que por esto tuvo que ser conducido al hospital en donde permaneció tres meses atendido por sus compañeros de trabajo y allí se le amputaron los cuatro dedos mayores del pie izquierdo y uno del pie derecho y después estuvo todavía tres meses más enfermo en su casa; y con el certificado que acompaña acredita los hechos que asevera, en orden á las lesiones y contusiones que recibió y al tiempo que permaneció en el hospital.

Que el hecho ó accidente ha ocurrido por culpa, negligencia ó imprudencia temeraria de los empleados de la Empresa, porque en ese día no se hizo sonar el pito ni se anunció con la campana la aproximación de la locomotora y por eso él no pudo evitar el choque dadas las condiciones de la carga que llevaba.

Que, por lo tanto, de este accidente responde la Empresa del Ferrocarril Salitrero y está obligada á la indemnización en conformidad á la ley.

Que él ganaba por término medio $ 7 diarios y así dejó de ganar durante doscientos cincuenta y siete días, que estuvo imposibilitado para trabajar en el Hospital y en su casa, la cantidad de $ 1.190.

Que como su edad es de cuarenta y siete años, podía haber ganado durante diez años más un jornal de $ 5 diarios, o sea $ 1.800 al año y en diez años sumarían $ 18.000; y como el estado de invalidez en que ha quedado, le permitirá ganar á lo más unos $ 60 mensuales, durante diez años podrá ganar escasamente unos $ 5.000 que, descontados de los 18.000, arrojan á su favor un saldo de $ 13.000 durante los diez años, y que por esto demanda á la Empresa del Ferrocarril Salitrero, representada en esta ciudad por su gerente don J. Mayne Nicholls, residente en la calle Sotomayor, á fin de que se resuelva en definitiva: que la Empresa demandada debe pagarle $ 1.190 por los doscientos cincuenta y siete días que estuvo imposibilitado para trabajar y más $ 1.000 por pensión en el Hospital, medicinas y curación, ó sea un total de $ 2.190; $ 13.000 correspondientes á lo que dej[illegible] ganar durante diez años por causa del [illegible]dente que le impide ganar lo que antes ga[illegible] y los intereses de estas sumas desde la con[illegible]tación de la demanda y las costas de la [illegible]

Don J. Mayne Nicholls, gerente de la Em[illegible]sa de los Ferrocarriles Salitreros, contes[illegible] demanda y dijo: que era inexacto lo asever[illegible] por el demandante porque el accidente se [illegible]ficó por imprudencia temeraria del car[illegible] Peña y de sus compañeros de trabajo, que [illegible] trasportaban sacos de salitre y necesita[illegible] atravesar la línea del Ferrocarril Salitre[illegible] para hacer el acarreo y en esas circunstan[illegible] avanzó la locomotora dando pitazos y [illegible]ciendo sonar la campana, como se acostu[illegible]bra en ese barrio y aún disminuyó el an[illegible] y los cargadores al ver la locomotora p[illegible]ron su trabajo, pero uno de ellos puso e[illegible] hombros de Peña un saco de salitre c[illegible] fuerza que lo hizo desviar de la direcci[illegible] llevaba y fué á estrellarse con la locom[illegible] y de allí el daño que recibió.

Que los cálculos relativos al monto de [illegible]demnización son caprichosos y no tiene [illegible]cho á indemnización alguna porque lo [illegible]rrido no es imputable á la Empresa y ta[illegible] ha quedado imposibilitado.

Que el cálculo de que ha podido ganar el [illegible]mo jornal durante diez años más, es exa[illegible] porque atendida su edad de cuarenta y sie[illegible] años, á lo sumo podría quedar apto para [illegible]narse la vida unos tres años más, da las [illegible] condiciones de vida de los trabajadores e[illegible] estas regiones que gastan pronto las con[illegible]tituciones más robustas y todavía en e[illegible] cálculos no se toman en cuenta los días [illegible]vos, huelgas, bravezas de mar y paraliza[illegible] de trabajos de las casas donde trabajan y [illegible] por lo tanto, se deseche la demanda con e[illegible]presa condenación en costas.

En la réplica no se hicieron valer nu[illegible] consideraciones y en el escrito de dúplica [illegible] sostuvo por el demandado, que aún en el [illegible] en que los empleados del Ferrocarril no hu[illegible]ran cumplido con las instrucciones y re[illegible]mentos de la Empresa, ésta no es responsa[illegible] de indemnización alguna en virtud de lo [illegible]ceptuado en el artículo 2,322 del Código C[illegible]vil, porque la Empresa para evitar est[illegible]

cidentes usa de cuidados excesivos y que si ocurren éstos es por culpa ó imprudencia temeraria de los que reciben daños ó por culpa de los empleados de la Empresa y por actos de éstos que no ha podido impedirlos ó preverlos.

La causa fué recibida á prueba y en la sesión respectiva fueron tachados por el demandante los testigos Enrique Dawson, Manuel Rosel y Cesáreo Bravo y en conformidad al artículo 347, número 4º, del Código de Procedimiento Civil, por ser dependientes ó empleados á sueldo de la Empresa demandada y esto fué confirmado por los testigos tachados, quienes sirven á la Empresa hace más de diez años.

Las partes alegaron de bien probado y se citó para sentencia.

Considerando:

Que según las propias declaraciones de los testigos presentados por la Empresa demandada, Enrique Dawson es empleado de la misma hace catorce años y actualmente es conductor, Manuel Rosel es palanquero hace dieziocho años y Cesáreo Bravo es también palanquero hace catorce años y, por lo tanto, es procedente la tacha opuesta á esos testigos;

Que el demandante con las declaraciones de cinco testigos que presenciaron los hechos, contestes y que dan razón de sus aseveraciones y no tachados, ha justificado que el accidente que le ocasionó la pérdida de toda la parte anterior del pie izquierdo y que le ha acarreado una complicación pulmonar por el golpe que recibió y contusión costal, ocurrió porque la locomotora número 24 del Ferrocarril Salitrero, antes de pasar por el lugar frente al desvío en que trabajaba el demandante Juan de Dios Peña con otros cargadores, no anunció su aproximación haciendo sonar campanas ni hizo silbar el pito, y por eso la locomotora le tomó de un lado del cuerpo y le arrojó por tierra y le sobrevinieron los daños antes enunciados;

Que se ha justificado que Juan de Dios Peña ganaba de $ 5 á 7 diarios y hasta $ 60 semanales y ahora tiene un empleo en que solamente puede ganar $ 2.50 diarios, ó unos $ 60 mensuales, y esto porque á causa del accidente no puede trabajar con el mismo vigor físico que antes, y Juan de Dios Peña es individuo de unos cuarenta y siete años de edad, sobrio y de conducta intachable;

Que á causa del accidente, Peña, según se ha probado, estuvo imposibilitado para trabajar durante seis meses, de los cuales estuvo tres en el Hospital;

Que en vista de las probanzas rendidas por el demandante y las rendidas por el demandado se puede dejar establecido que Juan de Dios Peña ha podido continuar en su trabajo de cargador de salitre aún cinco años más y atendidos los días festivos y demás en que no se trabaja, puede calcularse que un cargador puede ganar aproximadamente unos $ 1.800 anuales.

Que el accidente ocurrido es imputable á los empleados de la Empresa que no emplearon las precauciones necesarias al pasar por el lugar en que una cuadrilla cargaba carros del mismo Ferrocarril con sacos de salitre; y

Que la prueba rendida al respecto por el demandante es mejor que la del demandado, porque éste, en orden al accidente ocurrido, no tiene sino la declaración de un sólo testigo hábil y los otros testigos hábiles solamente declaran sobre lo que gana actualmente Peña, sobre el tiempo á que puede alcanzar un trabajador en el carguío del salitre según su edad y sobre las instrucciones y órdenes que da la Empresa á los empleados que manejan locomotoras y carros y en conformidad al Reglamento que se acompaña; por estas consideraciones y teniendo presente lo preceptuado en los artículos 1698, 2314 y 2322 del Código Civil y 151, 196, 340, 347, número 4º, 368 y 374 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á la demanda y que la Empresa del Ferrocarril Salitrero debe pagar por toda indemnización por el accidente ocurrido á Juan de Dios Peña la cantidad de $ 6.000 y las costas de la causa.

No ha lugar á todo lo demás pedido por el demandante.—*Roberto Alonso.*

Apelada esta sentencia;

La Corte falló:

Vistos: teniendo además presente que la pérdida de algunos dedos de los pies que ha sufrido el demandante á causa del accidente que motiva la demanda, solo lo inhabilita para el trabajo de una manera limitada, se confirma la sentencia apelada de 1º de agosto último, con declaración de que se reduce á $ 4.500 la indemnización que la Empresa del Ferrocarril Salitrero debe pagar al demandante don Juan de Dios Peña.—*P. Roberto Vega.*—*E. Barros.*—*E. Cisternas Peña.*—*W. Larraín.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Tacna.—5 de noviembre de 1906

Restovich con Vessa

Promesa de venta.—Plazo ó condición. — Nulidad absoluta; declaración de oficio.

DOCTRINA:—*La promesa de celebrar un contrato no produce efecto alguno, salvo que concurran las circunstancias que enumera el artículo 1554 del Código Civil, entre las cuales figura la de que la promesa contenga un plazo ó condición que fije la época de la celebración del contrato.*

Por consiguiente, es nulo el contrato de promesa de venta que carece de ese requisito.

Don Julio Hevia Labbé, por don Antonio Restovich, comerciante, domiciliado en Junín, expone:

Que acompaña un contrato de promesa de venta celebrado entre su madante y don Francisco Vessa, cuyo cumplimiento se ha hecho ya imposible por haber vendido el expresado Vessa el edificio y especies á que se refería el contrato á don Santiago Samahod, según aparece de la escritura pública que acompaña, celebrada ante el Notario Público de este departamento con fecha 17 de agosto del año próximo pasado.

Que el artículo 1545 del Código Civil establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, y las disposiciones siguientes del mismo Código establecen la sanción en que incurre aquel de los contratantes que no cumple lo pactado.

Que su poderdante desde el momento mismo en que firmó ese compromiso, que lo fué el 26 de junio del año indicado, estuvo listo para que se llevaran á efecto sus diversas cláusulas; pero tropezó con la resistencia tenaz de Vessa, por lo que se vió en la necesidad de solicitar medidas prejudiciales, y después el reconocimiento de dicho documento, con el fin de que se procediese al nombramiento del perito de que habla su cláusula tercera, nombramiento que después se hizo innecesario, en vista de la venta hecha por Vessa á Samahod de los edificios y especies materia del compromiso.

Por este motivo, entabla demanda ordinaria en contra de Francisco Vessa, comerciante,

domiciliado en Junín, á fin de que se declare que Vessa debe pagar á su poderdante la cantidad de $ 800 á que se refiere la cláusula segunda del contrato, indemnizándole además de todo perjuicio, con costas.

El contrato de promesa de venta á que se alude en la demanda, copiado á la letra es como sigue:

"Por la presente los suscriptos venimos en firmar el siguiente compromiso de venta, el que, cumplidas las estipulaciones que expresa, se reducirá á escritura pública:

"1º El señor Francisco Vessa se compromete á vender á don Antonio Restovich las casas, muebles, enseres y mercaderías de su propiedad que posee en Caleta Junín, en la cantidad que arroje el inventario que se levante, comprometiéndose el señor Restovich á dar $ 2.800 al señor Vessa y el resto en el plazo de seis meses, contados desde el día en que se reduzca á escritura pública la presente minuta;

"2º Para mayor compromiso, ambos contratantes depositarán en poder de la Compañía Comercial Salitrera La Aguada, de este puerto, la cantidad de $ 800 cada uno, con la condición expresa de que este depósito lo perderá cualquiera de los contratantes que desista de la venta materia de este compromiso; dicho depósito será devuelto á sus dueños tan pronto como se dé por hecha la negociación que se indica;

"3º Para la tasación de las propiedades que se dan en venta, ambos contratantes nombrarán peritos entendidos en la materia, como también para inventariar las mercaderías. La póliza de seguros también será traspasada por el señor Vessa al señor Restovich. Los peritos serán nombrados tan pronto se haga el depósito que este compromiso indica; y

"4º Y último. En caso de que el señor Francisco Rojas, propietario del terreno en que están situadas las casas en venta, no acepte el traspaso de arriendo que el señor Vessa hace al señor Restovich en la cantidad de $ 20 mensuales, este contrato quedará nulo.

"Pisagua 26 de junio de 1906."

En el segundo otrosí de la demanda se pidió, como medida precautoria, la retención de un depósito de $ 2.000 que el demandado tenía en la oficina de Iquique del Banco Tarapacá y Argentina; á lo que se accedió, limitándose la retención á la suma de $ 1.000.

Contestando la demanda el demandado dice: que es efectivo que entre el demandado y su representado se celebró el convenio referido, pero que no fué su mandante sino Restovich quien desistió de llevarlo á efecto.

Que como aparece de ese convenio, para realizar la venta debía determinarse previamente el precio, en vista del inventario, balance y tasación qne se haría por peritos nombrados por los contratantes.

Que Restovich, constituido desde luego en el negocio con cama y maletas, designó, por su parte, de peritos á don Francisco Díaz, Juan Guzmán y Carlos Rivera; y Vessa, á don Santiago Samahod; todos los cuales se reunieron para desempeñar su cometido el 2 de julio siguiente á la fecha del contrato.

Que ya habían realizado una parte de su tarea, cuando Restovich, en forma violenta y grosera, expuso que se oponía al inventario é hizo retirarse á los peritos, los que, por tal motivo, viéronse en la necesidad de dar por terminada su misión.

Que un día ó dos después, Restovich retiró del negocio su cama, maleta y demás objetos que ahí había llevado; y al mismo tiempo empezó á efectar diligencias encaminadas, no á realizar la compra proyectada, sino á obtener ventajas de Vessa.

Que con ese propósito, se presentó ante don Francisco Rojas y le manifestó que ya había comprado el negocio que Vessa tenía en Junín, y que en vista de ello le otorgase una escritura de arrendamiento del suelo en que estaba el edificio; á lo que el señor Rojas accedió, considerando efectivo lo que Restovich le dijo.

Que desde luego se comprende que lo que Restovich perseguía era tener un medio de obligar á Vessa á venderle á bajo precio la casa y el negocio instalado en ella, ó retirarse lo todo de allí, en forma violenta, sufriendo con ello enormes perjuicios.

Que de lo expuesto se deduce que quien real y verdaderamente desistió de llevar a cumplimiento el contrato fué Restovich.

Por consiguiente, él es quien debe perder á favor de Vessa los $ 800 depositados en la Compañía Comercial y Salitrera La Aguada para el evento del desistimiento, y no su mandante.

Que por lo que respecta á la venta que después hizo Vessa del negocio y casa referidos á otra persona, nada hay que observar, pues en vista del desistimiento de Restovich, Vessa quedó en libertad de hacer el negocio con quien lo estimare más conveniente.

Pide, en consecuencia, que no se dé lugar á la demanda; y á la vez reconviene al demandante para que se declare:

1º Que los $ 800 depositados en virtud del convenio, pertenecen á Vessa y deben serle entregados con sus intereses respectivos; y

2º Que Restovich debe pagar también á Vessa los perjuicios que le ha ocasionado y siga ocasionándole con la retención que, por vía de medida precautoria, solicitó del dinero que Vessa tenía en un Banco de Iquique, todo con costas.

En la réplica el demandante refuerza lo dicho en la demanda, y agrega que si bien es cierto que el peritaje empezó el día indicado en la contestación á la demanda, no se le puso ese día término del todo, sino que se suspendió porque tanto Vessa como los peritos Samahod y Suzan no estaban en estado de seguir haciendo la operación, la que no continuó después por culpa única y exclusiva de Vessa, que creyó sacar mejor provecho vendiendo el negocio á Samahod.

Pide, en consecuencia, que no se dé lugar á la reconvención.

Se recibió la causa á prueba, y durante el probatorio las partes rindieron prueba testimonial.

El testigo don Santiago Samahod, presentado por la parte demandada, fué tachado oportunamente, por haber sido él una de las personas que pretendían comprar el negocio de Vessa, antes de que este contratara con Restovich; por haber sido uno de los balanceadores que elevó el precio de la mercadería para impedir que Restovich aceptara el balance; y por haber comprado, después que fracasó el negocio proyectado entre Vessa y Restovich, el despacho ó pulpería materia de esa negociación; por todo lo cual, á juicio del demandante, carecía de la parcialidad necesaria para declarar en este juicio y le obstaba la tacha prevista en el número 6º del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil.

La parte demandada pidió se desechase la tacha, por improcedente, por cuanto, aunque fuesen ciertos los hechos en que se funda, ello no demostraría que el testigo tenga interés alguno directo ó indirecto en la causa.

Esta tacha por resolución de término se dejó para definitiva.

En rebeldía de la parte demandante que no alegó, lo hizo la parte demandada y evacuado ese trámite, se citó para sentencia.

El Juzgado de Pisagua, con fecha 31 de agosto de 1906, resolvió:

Considerando respecto de la tacha al testigo Samahod:

Que cualquiera que haya sido la intervención de ese testigo en la negociación celebrada entre el demandante y el demandado, ella no demuestra que tenga interés directo ó indirecto en el presente juicio, por el cual sólo se trata de saber si es llegado el caso de exigir el cumplimiento de la cláusula penal inserta en el contrato y á cual de los contratantes afecta la responsabilidad de la pena; en nada de lo cual se ve interés de ninguna especie pa el mencionado testigo.

Visto lo dispuesto en el artículo 362, inciso 2º, del Código de Procedimiento Civil, se declara sin lugar la tacha referida.

Considerando respecto de la cuestión principal:

1º Que, según el artículo 1554 del Código Civil, la promesa de celebrar un contrato no produce efecto alguno, salvo que concurran las circunstancias que ese mismo artículo enumera, entre las cuales figura la de que la promesa contenga un plazo ó condición que fije la época de la celebración del contrato;

2º Que en la promesa de venta de que da testimonio el documento no se contempló esa circunstancia, por lo que el contrato carece de valor y no ha podido ser fuente de derechos ni de obligaciones de ninguna especie; y

3º Que el demandado no ha probado que

a retención de dinero que solicitó el demandante para garantir las resultas del juicio le haya originado perjuicios.

Visto lo dispuesto en los artículos 1698, 1681, 1682 y 1783 del Código Civil, se declara: que no ha lugar á la demanda ni á la reconvención.—*Ismael Poblete.*

Apelada de esta sentencia.

La Corte:

Vistos: se confirma la sentencia apelada de 30 de agosto último, con costas del recurso. —*E. Cisternas Peña.—M. A. Quirell.—W. Larraín.*

———

Corte de Concepción.—13 de noviembre de 1906

Delvertti con Iturra y otra

Hijo legítimo.—Hijo natural.—Legítima efectiva y rigorosa.—Testamento; reforma; interpretación.

DOCTRINA:—*Lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma es su legítima rigorosa ó la efectiva en su caso.*

Instituidos herederos conjuntamente en un testamento el hijo legítimo con los naturales, sin disponerse á favor de estos expresamente de cuota alguna, no puede sufrir menoscabo la legítima del primero, que se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa, más la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, y en la cuarta restante de libre disposición deben concurrir el hijo legítimo y los naturales.

Esta solución guarda conformidad con la voluntad de la testadora y en este sentido debe reformarse la referida disposición testamentaria.

———

Doña María del Tránsito Delvertti demandó á fin de que se le declare única heredera de su madre doña Antonia Moya, reformándose su testamento, conforme á lo prescrito en el artículo 1216 del Código Civil.

Manifiesta que es ella la única hija legítima habida en el matrimonio de su citada madre con don Carlos Delvertti y que Marcelino Segundo y Eloisa Iturra son sólo hijos naturales de su madre y de Marcelino Iturra.

Doña Antonia Moya, dice la demandante, casó en 1878 con don Carlos Delvertti y fallecido éste, vivió en ilícitas relaciones con Marcelino Iturra, fruto de las cuales fueron los nacimientos de los demandados, los que se efectuaron en 1881 el de Marcelino Segundo y en 1883 el de Eloísa.

En 1885 la señora Moya celebró matrimonio religioso; pero no contrajo el matrimonio legal, quedando así los hijos en la misma situación que antes tenían.

A causa de grave enfermedad en 1885 otorgó testamento en el cual por ignorancia ó perturbación, declaró ser esposa legítima de don Marcelino Iturra y tener dos hijos legítimos de éste.

Habiendo mejorado de su enfermedad, concurre en 1897 con el señor Iturra á otorgar la escritura cuya copia incluye, en la cual reconocen como á hijos naturales á Marcelino Segundo y á Eloísa.

Queda, pues, plenamente justificada la petición de supresión de las cláusulas en que la señora Moya asigna á sus hijos ya nombrados parte de sus bienes á título de legítima.

La supresión de la cláusula que asigna gananciales á don Marcelino Iturra se impone también, pues, no puede haber gananciales sin sociedad conyugal, y no hay ésta sin matrimonio.

Contestando los demandados doña Eloísa y don Marcelino Segundo Iturra, exponen que no se dé lugar á la demanda por lo siguiente: que la demandante diciéndose hija

única legítima de doña Antonia Moya, pretende ser también única heredera por ser, según afirma, hijos naturales doña Eloísa y don Marcelino Segundo Iturra.

La demandante tiene razón al afirmar que los demandados no son hijos legítimos, pero como el testamento de doña Antonia Moya ha sido otorgado con los requisitos legales, ha podido la testadora disponer libremente de su cuarta de libre disposición, y la demandante solo tiene derecho á que se le complete su legítima rigorosa, según lo prescribe el artículo 1217 del Código Civil.

La reforma del testamento en cuanto á que la testadora asigna á sus hijos la parte de gananciales que corresponde á su marido Marcelino Iturra no es procedente, pues no solo hay gananciales en el matrimonio sino también en la simple comunidad, como sería la que hubo entre el padre de los demandados y la testadora.

En la forma indicada, dice, acepta la reforma del testamento.

En la réplica la demandante afirma que es realmente la única heredera de doña Antonia Moya, pues, si es verdad que ésta pudo disponer á su arbitrio de su cuarta de libre disposición, única que pretenden los demandados, también es cierto que no lo hizo, ya que necesitaba determinarlo así expresamente.

Y no habiendo dispuesto de esa cuota, ella acrece á la legítima rigorosa, según lo dispone el artículo 1191 del Código Civil.

En cuanto á la comunidad, manifiesta que la testadora asigna gananciales á título de marido y como este hecho es inexacto y ha sido aceptado por los demandados, no tuvo derecho para proceder en el testamento como lo hizo.

Tampoco puede aceptarse como simple comunidad porque tal hecho supone la existencia de bienes en común con ella; era solo la señora Moya la que tenía bienes en común con ella, como heredera de su padre fallecido.

La existencia de bienes pertenecientes á su padre lo comprueba con la escritura pública que acompaña en copia.

En la dúplica se termina para prueba.

Se recibió la causa á prueba, rindiéndose la que corre en autos.

Las partes alegaron extensamente de bien probado, reforzando los argumentos ya manifestados.

Se oyó al Ministerio Público y se citó para sentencia.

El Juzgado de Angol, con fecha 30 de septiembre de 1906, falló.

Considerando:

1º Que las partes están de acuerdo en que la demandante es la única hija legítima de doña Antonia Moya, siendo los demandados hijos naturales;

2º Que los demandados pretenden solo derecho á la parte de bienes de que pudo disponer libremente doña Antonia Moya; y

3º Que doña Antonia Moya instituyó herederos á sus hijos naturales conjuntamente con su hija legítima y no dispuso á favor de éstos de la parte que la ley autoriza para disponer libremente y en consecuencia, debe resolverse la donación.

Teniendo presente lo prescrito en los artículos 1058, 1066, 1191, 1200 y 1216 del Código Civil, se declara: que ha lugar á la demanda y, que en consecuencia debe reformarse el testamento de doña Antonia Moya en el sentido que la única heredera instituida en dicho testamento es doña Tránsito Delvertti y que ningún derecho tienen á virtud de él doña Eloísa y don Marcelino 2º Iturra.—*Cortés.*

Apelada esta resolución.

La Corte:

Aceptando la parte expositiva y el primer considerando de la sentencia de primera instancia; y

Teniendo además presente:

1º Que en la cláusula 3ª de su testamento, doña Antonia Moya dijo: "Tercero.—Instituyo de herederos por partes iguales á mis hijos nombrados, esto es, á Tránsito Delvertti y á Marcelino Segundo y Eloísa Iturra", etc;

2º Que, en general, lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigorosa ó la efectiva en su caso;

3º Que habiendo sido instituido herederos

conjuntamente el hijo legítimo con los naturales y no pudiendo sufrir menoscabo la legítima del primero, que en el presente caso se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa, con más la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, solo queda para distribuir entre los herederos instituidos la cuarta parte restante, ó sea la de que la testadora ha podido disponer á su arbitrio;

4º Que la disposición testamentaria trascrita en el primer considerando de esta sentencia no está viciada en cuanto por ella doña Antonia Moya instituyó también como herederos á sus hijos Marcelino Segundo y Eloísa Iturra, por cuanto, si bien es cierto que padeció un error al atribuirles la calidad de hijos legítimos, no hay duda ninguna de que su voluntad fué que la heredaran esas personas, que también eran sus hijos, aunque naturales.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prescrito en los artículos 1057, 1069, 1167, 1184, 1191, 1216 y 1217 del Código Civil, se confirma la referida sentencia de 30 de septiembre de 1902, con declaración de que sólo ha lugar á la reforma del testamento hasta completar la legítima efectiva de la demandante doña Tránsito Delvertti; y de que los demandados tienen derecho á concurrir con esta última en la cuarta de libre disposición en la forma establecida en el testamento de que se ha hecho referencia.

Redacción del señor Ministro Fuentes R.—*Exequiel Figueroa Lagos.—E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

Corte de Santiago.—12 de noviembre de 1906

Matamala con Miller y otro

Arriendo. - Instrumento privado.— Tercería.— Juicio ejecutivo

DOCTRINA:—*En el juicio ejecutivo sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante ó tercerista pretende dominio de los bienes embargados, derecho para ser pagado preferentemente ó derecho para concurrir en el pago á falta de otros bienes.*

Por consiguiente, no procede la tercería interpuesta por un arrendatario, fundado en un contrato privado de arriendo, por la que pide se le ponga en posesión de la cosa embargada.

Don Adrián Matamala, agricultor y domiciliado en Púa, dedujo tercería de dominio en la ejecución que sigue doña Evangelina Lecornec v. de Miller, en representación de la sucesión de su esposo don Diego Miller Almeida, contra don Santiago Alvarez, agricultor y domiciliado en Púa, sobre cobro de pesos, y expone: que consta del documento que acompaña, que el ejecutado le arrendó al señor Matamala el 1º de noviembre de 1903 un retazo de terreno como de cien cuadras y el talaje de todo el fundo objeto de la ejecución, hasta el 1º de mayo de 1905 y le cedió además las casas del citado fundo y le vendió al mismo tiempo las maderas del fundo que pudiera sacar hasta el 1º de mayo de 1905, por la suma de $ 150 que el señor Alvarez confiesa haber recibido.

Que el ejecutante no ha respetado al arrendatario y le ha lanzado con el auxilio de la fuerza pública para poner en posesión al depositario.

Que ha hecho uso indebido de la fuerza pública, pues la cosa embargada se halla en poder de un tercero, como es el arrendatario señor Matamala.

Que según el artículo 475 del Código de Procedimiento Civil, el señor Matamala debió quedar en posesión de la cosa arrendada y no ser lanzado.

Los únicos derechos que correspondían al ejecutante eran los que tenía el deudor señor Alvarez.

Concluye pidiendo se le ponga en posesión de la cosa embargada y le haga entrega de ella el depositario nombrado, señor Sofanor Lagos.

Don Aurelio Fernández Rocuant, por la sucesión de don Diego Miller Almeida, evacuando el traslado recaído en el escrito de tercería, expone: que dicha tercería se funda en el artículo 475 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto se pretende que don Adrían Matamala es arrendatario de las casas del fundo embargado, 100 cuadras de los mejores terrenos, etc., según consta de un contrato privado que fué presentado en juicio el 19 de noviembre de 1904, como consta del sello del Juzgado.

Que el embargo, según se ve en el certificado, fué inscrito en el libro de prohibiciones é interdicciones del Conservador de Bienes Raíces de Victoria el 19 de septiembre último.

Que según el artículo 1703 del Código Civil, la fecha de aquel contrato es el 19 de noviembre.

Que el artículo 1464, inciso 3º, establece que hay objeto ilícito en este contrato desde el 16 de septiembre en que se trabó embargo por decreto judicial.

Que conforme á los artículos 1445 y 1467, no constituye obligación de ninguna especie el documento acompañado por el tercerista.

Que si llegara á constituir una obligación, no afectaría tampoco á su parte en virtud de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1962 del Código Civil.

Concluye expresando no se dé lugar á la tercería, con costas.

El ejecutado don Santiago Alvarez contesta que es exacto que arrendó al señor Matamala el 1º de noviembre de 1903, 100 cuadras de terreno y el talaje de todo el fundo hasta el 1º de mayo de 1905, le cedió las casas del mencionado fundo y le vendió las maderas que pudiera sacar hasta la expiración del arrendamiento.

La causa se recibió á prueba, rindiéndose la testimonial de que dan cuenta los autos.

Después de alegar las partes lo que estimaron convenir á su derecho, se les citó para sentencia, y uno de los Juzgados de Letras de Santiago, con fecha 8 de mayo de 1906, falló.

Considerando:

1º Que en el juicio ejecutivo sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante ó tercerista pretente dominio de los bienes embargados, derecho para ser pagado preferentemente ó derecho para concurrir en el pago á falta de otros bienes;

2º Que el representante del tercerista señor Matamala al deducir su tercería no pone en ejercicio los derechos que se mencionan en el considerando anterior, ni pretente dominio sobre los bienes embargados, por cuanto se concreta á pedir que se ponga en posesión á su representante de la cosa embargada, haciéndole entrega de ella el depositario nombrado, ello en mérito del contrato privado de arriendo que acompaña;

3º Que, dado lo expuesto en los considerandos que preceden, la tercería que se deduce en el escrito carece de base legal.

De conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores y lo dispuesto en el artículo 539 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que no ha lugar á la tercería que se deduce en representación de don Adrián Matamala en su escrito, con costas, en que se condena al tercerista.—*Gabriel Rencoret.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: se confirma, con costas del recurso, la resolución apelada de 8 de mayo último.—*Elías de la Cruz.—J. C. Herrera. Horacio Pinto Agüero.*

———

Corte de Santiago.—27 de noviembre de 1906

Kuhnel con Sepúlveda

Transacción. - Nulidad absoluta. -Estado civil.— Divorcio. - Separación de bienes; consentimiento mútuo. —Aprobación judicial.

DOCTRINA:—*El divorcio y la separación de bienes no pueden producirse por mútuo acuerdo de los cónyuges, siendo indispensable para ello sentencia de juez*

competente pasada en autoridad de cosa juzgada.

Una transacción por la cual uno ú otro cónyuge ó ambos juntos renuncian á su estado civil de marido ó mujer, es contraria á la ley y en consecuencia, nula de nulidad absoluta.

Semejante transacción no adquiere valor por la aprobación judicial, pues esta no puede dar valor á un acto nulo en su origen.

Don Enrique Donoso Urmeneta, por don José Kuhnel, demandando, expone: que su mandante es casado con doña Isabel Sepúlveda, con la cual siguió varios juicios de divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio.

Que todos esos juicios se terminaron por transacción en enero de 1897 y que en la cláusula cuarta de ese convenio se estipuló que de los fondos pertenecientes á la sucesión de doña Carolina Villarroel, el señor Kuhnel percibiría la cantidad de $ 10.000:

Que por haberse celebrado esta transacción ante la justicia ordinaria tiene derecho perfecto su mandante para exigir la entrega de la suma referida.

Que en los juicios que Kuhnel seguía contra la demandada tenía derechos que hacer valer y que le permitían un lisongero resultado y que, sin embargo, los sacrificó ante las expectativas de una situación tranquila que le permitiese dedicarse por completo á sus negocios.

Que, en consecuencia, no ha sido una donación lo que la señora Sepúlveda ha hecho á su cónyuge sino el pago de una parte de los derechos que tenía contra ella, entre otras cosas, por los gananciales que con la acertada administración del marido produjo la sociedad conyugal.

Termina pidiendo se declare en definitiva que don José Kuhnel tiene derecho á percibir la suma de $ 10.000 con sus intereses de los fondos de la sucesión de doña Carolina Villarroel que han correspondido á doña Isabel Sepúlveda y las costas de ese juicio.

Contestando doña Isabel Sepúlveda, pide se deseche la demanda.

Dice que el convenio en que ella se basa es nulo porque entre marido y mujer no puede haber contratos.

Que la obligación carece de causa puesto que no puede ser donación ni tiene su marido otro título para exigirla.

En los escritos de réplica y dúplica se refuerzan los argumentos de la demanda y contestación.

Estimándose la cuestión de mero derecho, previo dictamen del señor defensor de menores, se citó para sentencia y uno de los Juzgados de Santiago falló con fecha 24 de julio de 1906,

Considerando:

1º Que por el hecho del matrimonio se contrae una sociedad de bienes que debe regirse por disposiciones terminantes de la ley y que no pueden alterarse después de contraída por la sola voluntad de las partes;

2º Que el divorcio ni la separación de bienes pueden producirse por mútuo acuerdo entre los cónyuges, siendo indispensable para que uno ú otro se produzcan, sentencia de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada;

3º Que una transacción por la cual uno ú otro cónyuge ó ambos juntos renuncian á su estado civil de marido ó mujer, es contraria á la ley y en consecuencia, nula, de nulidad absoluta;

4º Que una transacción de esta especie no adquiere valor por la aprobación judicial, mucho menos cuando ella ha sido concedida "sin perjuicio de los derechos que pueden corresponder á las partes";

5º Que aún cuando esta última declaración no se hubiera hecho, no por eso tampoco tendría eficacia, porque la aprobación judicial no puede dar valor á un acto nulo en su origen;

6º Que la transacción en que se basa la demanda, si bien puede tener eficacia en alguna de sus cláusulas, no puede tenerla en la que acuerda la separación de bienes y el divorcio

de cuerpos y establece el pago al demandante de los $ 10.000 que se cobran en este juicio.

Por estas consideraciones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 102, 135, 136, 157, 1764 y 2450 del Código Civil, se declara sin lugar la demanda, sin perjuicio de otros derechos que pueda hacer valer el demandante.

No se impone condenación en costas por estimarse que ha habido fundamento plausible para litigar.—*R. Ahumada M.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: se confirma, con costas del recurso, la sentencia apelada de 24 de julio último. —*E. Castillo.—Luis Barriga.—R. Reyes Solar.*

Corte de Concepción.—15 de octubre de 1906.

Bascuñán con Romero

Servidumbre de tránsito.—Continuidad y apariencia.—Prescripción; goce inmemorial.—Destinación.

DOCTRINA:—*La servidumbre establecida por el dueño de un predio á favor de otro predio que también le pertenece, solo subsiste al enajenarse uno de ellos si esta servidumbre es contínua y aparente.*

Las servidumbres discontínuas, como la de tránsito, y las contínuas inaparentes, no pueden adquirirse por prescripción; ni aun el goce inmemorial basta para constituirlas y solo pueden adquirirse por medio de un título.

Doña Juana Bascuñán viuda de Jofré y doña Pilar Bascuñán, residentes en la subdelegación de El Salto, exponen: que deducen demanda en juicio sumario á fin de que don Juan Romero las restablezca en la servidumbre legal de tránsito que tienen en terrenos de su propiedad.

Que son dueñas de un retazo de terreno ubicado en la subdelegación citada y cuyos deslindes expresan, propiedad que se encuentra actualmente destituida de toda comunicación con el camino público por haberles cerrado el señor Romero los dos únicos caminos que conducian a él y de los cuales gozaron por más de treinta años sin interrupción alguna.

Que el que conducía por el norte, fué cerrado primero y atravesaba propiedades del señor Romero hasta llegar al camino público y el otro, que salia por el oriente, atravesaba propiedades que formaban un solo cuerpo con el terreno que poseen y que fué vendido por algunos comuneros.

Que el único camino público que tienen es el que viene de Los Anjeles á la estación, el que está de diez á quince cuadras de su propiedad por cualquiera de los dos caminos aludidos, de los cuales uno lo toman con el consentimiento de Romero y el otro en su propiedad y ambos por más de treinta años.

Que el señor Romero no tiene derecho alguno para impedirles el libre tránsito por el camino que atraviesa la propiedad vendida por sus co-herederos y que deslinda con la que poseen al oriente, por haberse vendido con el gravámen de la servidumbre de tránsito y debe respetarse, y en ningún caso pueden permanecer encerradas, según el artículo 847 del Código Civil.

Además, alegan haber adquirido la servidumbre de tránsito de ambos caminos por prescripción.

Terminan solicitando que el señor Romero debe darles libre tránsito sin gravámen alguno por cualquiera de los dos caminos y especialmente por el que atraviesa el predio que fué vendido por sus co-herederos á dicho señor.

Las partes fueron citadas á comparendo, en el cual la parte demandante reproduce lo expuesto en la demanda y el señor Romero dice que jamás ha existido la servidumbre á que ésta se refiere.

La causa se recibió á prueba por el término legal y, rendida por las partes, el Juzgado de Yumbel, con fecha 15 de octubre de 1906 resolvió:

Considerando:

Que según la demanda, de los dos caminos á que ella se refiere, uno estaba en terrenos del demandado y se transitaba por él con la voluntad de éste, y el otro en propiedad que era de las demandantes;

Que aunque las demandantes sostienen que el segundo de los caminos expresados estaba en una propiedad que formaba un cuerpo común con la que poseen, sin embargo, reconocen que ha sido vendida por un co-heredero y que actualmente es de Romero;

Que sosteniéndose por la parte demandante que se ha efectuado la partición de la propiedad que pertenecía en común á la sucesión Bascuñán, don Juan Romero sería dueño absoluto de la parte comprada donde se encuentra el camino de que se trata, lo que las demandantes reconocen y comprueban con la escritura;

Que suponiendo que antes de efectuarse la partición ó de verificarse la venta á Romero hubiese existido el servicio de tránsito en la propiedad vendida, sin embargo, no podría alegarse la existencia del mismo servicio por cuanto la ley establece que sólo subsistirá aquel que fuere contínuo y aparente y la servidumbre de tránsito no reune ambos requisitos;

Que las servidumbres discontínuas de toda clase, como es la de tránsito y las servidumbres contínuas inaparentes solo pueden adquirirse por medio de un título, y ni aún el goce inmemorial basta para constituirlas; y

Que la parte demandante no ha acreditado que la servidumbre en referencia se haya constituido en la forma que la ley establece.

Por estos fundamentos, visto lo dispuesto en los artículos 881, 882 y 1,698 del Código Civil, se declara: que no há lugar á la demanda, con costas, reservándose á las demandantes sus derechos para que los hagan valer en la forma que vieren convenirles.—*B. Betancur R.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia apelada; y teniendo además presente lo prescrito en el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la referida sentencia de 9 de abril último, con declaración de que no ha lugar á la condenación en costas que por ella se impone.—*Exequel Figueroa Lagos.—E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

Corte de Concepción. Cas en la forma.—12 de julio de 1906.

Araneda con Lozano y otro

Casación; procedencia.—Parte agraviada.—Tercería.—Juicio ejecutivo.—Poder.—Vicios ó defectos de tramitación.

DOCTRINA:—*El recurso de casación se concede á la parte agraviada.*

No procede el recurso de casación en la forma fundado en defectos de tramitación que no han existido.

Siendo la tercería un incidente del juicio ejecutivo, el poder dado para éste es bastante para aquella.

Don Valeriano Araneda, por doña Carolina Araneda v. de Araneda, domiciliados en Curamávida, dice: que don Nicasio Lozano en la ejecución contra José Luis Paine, ha embargado las acciones y derechos que en el fundo Epumallín dice tener el expresado Paine.

Ese fundo pertenece completamente á la sucesión de don Pantaleón Araneda, sin que Paine haya sido allí accionista ó poseedor.

Don Pantaleón hubo el fundo de Juan Renca, y lo posee desde más de cincuenta años.

Concluye deduciendo tercería de dominio

n contra de don Nicasio Lozano, agricultor, esidente en Temuco, séptima subdelegación e Lebu, á fin de que se ordene alzar el embar-:o de las acciones y derechos que le embarga-on á Paine en el recordado fundo Epumallín, ıbicado en la séptima subdelegación del de-ıartamento de Lebu y deslindado como se ·xpresa en la demanda de tercería.

El señor Paine pide que se deseche, con cos-:as, la tercería, pues ese fundo pertenece en :omún á Paine y á doña Carolina Araneda v. de Araneda como heredera de don Panta-ıeón Araneda, según consta de la sentencia presentada por el ejecutante.

Pide que se declare sin lugar la tercería, y nula é ineficaz la escritura de 20 de noviembre de 1881 otorgada por don Juan Renca á favor de don Pantaleón Araneda.

Según consta de las copias de las sentencias acompañadas, el señor Paine es dueño de las acciones y derechos que se le embargaron en el fundo Epumallín; y su dominio fué declarado en juicio contra don Pantaleón Araneda.

Además, el título que la tercerista acompaña para fundar el dominio que alega á la propiedad embargada, es ineficaz y absolutamente nulo, ya que en el mismo se expresa que al celebrarlo estaba embargada judicialmente la propiedad.

Invoca los artículos 1464 y 1683 del Código Civil.

Se recibió la causa á prueba y se fijaron los puntos de la testimonial, prestándose la declaración de los testigos Felipe Mora, Felipe 2º Mora, Ramón Rocha, Adolfo Garay y Clemente Silva.

No alegaron de bien probado la tercerista ni el ejecutado; pero el ejecutante, en su alegato, pide que se tenga presente que con la prueba rendida y las posiciones mandadas tener por absueltas, está completamente probado lo que expuso, por lo cual espera que no se dé lugar á la tercería, con costas.

Se citó para sentencia y el Juzgado de Cañete, con fecha 26 de Junio de 1906, falló:

Considerando:

Que lo embargado son las acciones y derechos que don José Luis Paine cree tener en el fundo Epumallín, ó sea el derecho en absoluto que corresponda ó pueda corresponder al señor Paine;

Que la determinación de los derechos que el ejecutado puede tener en Epumallín no es materia de ter ería sino de partición;

Que con llevar á efecto el embargo en absoluto, en nada se perjudican los derechos que doña Carolina Araneda v. de Araneda tenga en el fundo Epumallín, porque ese embargo equivaldría á una cesión de derechos y es bien sabido que nada cede quien nada posée.

Que con el remate de la acciones y derechos que correspondan en Epumallín al señor Paine no se define lo que á este pueda corresponder en aquel fundo sino que colocará en su lugar al rematante, á quien no conferirá otro derecho que el que pueda tener el señor Paine; y

Que, además, el señor Paine se le reconoce comunero del fundo Epumallín, por sentencia pronunciada en Lebu el 7 de septiembre de 1886, confirmada en Concepción el 14 de noviembre de 1888 y teniendo además presente lo dispuesto en los artículos 151 y 167 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que no ha lugar á la demanda, debiendo pagar las costas la demandante.—*José A. Mardones V.*

Contra esta sentencia, se interpusieron los recursos de nulidad y apelación por el ejecutado don José Luis Paine y por la tercerista doña Carolina Araneda v. de Araneda; y fundan el primero en las siguientes causales:

1ª En que don Manuel Jesús Pinto, que tomó la representación del ejecutado Paine, no era mandatario suyo propiamente tal para este juicio, pues Pinto solo tenía poder para representarlo en el juicio ejecutivo;

2ª En que esta causa no se recibió á prueba, pues no se puede considerar como tal trámite la providencia;

3ª En que se omitió la citación para sentencia, que es requisito esencial según lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil; y

4ª En que el ejecutante señor Lozano tampoco ha sido debidamente representado en este juicio, porque el poder que tenía don Juan A. Rodríguez para el juicio ejecutivo no

se puede extender al presente que es completamente distinto de aquel.

La tercerista funda, además, la nulidad en que el poder no es suficiente para que á su nombre demandara don V. Araneda.

Se mandaron traer los autos en relación para ver los recursos de nulidad y pronunciarse sobre ellos,

La Corte:

Con lo relacionado y teniendo presente:

1º Que la sentencia recurrida es favorable al ejecutado, por lo cual ella no ha causado á éste agravios que le den derecho para interponer el recurso;

2º Que según aparece, se recibió la causa á prueba y si bien es cierto que en la providencia respectiva no se fijó un término, también lo es que el Juzgado señaló dos audiencias dentro del plazo legal para que tuvieran lugar las sesiones de prueba, produciéndose por las partes la que corre en autos, y sin que haya constancia de que oportunamente se hubiera reclamado de este defecto;

3º Que no es efectivo que se hubiera omitido la citación para sentencia, pues consta de autos que se decretó este trámite y que las partes fueron notificadas de tal providencia con arreglo á la ley;

4º Que la cuarta causa de nulidad, además de no afectar á la tercerista, no es legal, por cuanto la tercería es un incidente del juicio ejecutivo y el poder dado para ésta sirve también para aquélla; y

5º Que la causa alegada por la tercerista de no ser bastante el poder para que á su nombre demandara don V. Araneda es inaceptable, por cuanto de dicho poder aparece que la recurrente facultó expresamente á su mandatario Araneda para que la representase en tercerías.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prevenido en los artículos 944, 946, 960 y 966 del Código de Procedimiento Civil, se declaran sin lugar los recursos de casación en la forma interpuestos por don José Luis Paine y doña Carolina Araneda v. de Araneda contra la mencionada sentencia de 26 de junio de 1905, con costas; y entréguense los autos para expresar agravios.

Redactada por el señor Ministro Mac-Kay.—*Julio Zenteno B.—Manuel Rodríguez C.—J. Guillermo Mac-Kay.*

Corte de Concepción.—19 de noviembre de 1906

Montrion con Huth y Cª

Mandato.—Factor ó dependiente.—Resolución, causa legal.—Infracción del contrato.—Perjuicios.—Indemnización. Injuria.—Crédito.—Daño.

DOCTRINA:—*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, debe ejecutarse de buena fé y obliga no sólo á lo que en él se expresa, sino á todas las cosas que emanan de la naraleza de la obligación ó que por la ley ó la costumbre pertenecen á ella.*

Por tanto, si un factor ó dependiente está obligado, según su contrato, á "dedicar todo su tiempo y á hacer todo empeño posible para servir los intereses de su principal", no puede distraer parte de su tiempo en otros negocios mercantiles y le está prohibido por la ley el tomar interés en negociaciones del mismo género que las que hace por cuenta de su comitente.

Es causa legal de resolución, por parte del principal, del contrato celebrado con su factor ó dependiente, el hecho de ejecutar éste alguna de las negociaciones que le están prohibidas.

Las imputaciones injuriosas contra el honor ó el crédito de una persona no dan derecho, por regla general, al pago

le una indemnización pecuniaria, á me-
ıos de probarse daño emergente ó lucro
esante apreciable en dinero y no proce-
le por lo demás la indemnización si se
ırueba la verdad de la imputación y si
lla no es injuriosa.

Don Julio Montrión Elton, empleado de omercio y propietario, expone: que el 10 de narzo de 1899 entró como empleado á la casa omercial de Huth y Cª en esta plaza de Concepción, contratado por el entonces jefe le ella, señor D. H. P. Walker, para impul-ıar el ramo de abarrotes.

Habiendo prestado sus servicios á satis-facción de dicha casa, se celebró más tarde el contrato original en inglés que acompaña.

Que según este contrato, debe continuar ırestando sus servicios á los señores Huth y Cª en su misma casa y oficina de esta ciudad, ır el sueldo anual de $ 6,000, siendo el ılazo del contrato tres años contados desde l 1º de octubre de 1902 hasta el 1º de octu-ıre de 1905, como consta de la cláusula segunda.

Su versación en el comercio y su absoluta dedicación al desempeño de sus obligaciones, ıan hecho realizar progresos y ganancias verdaderamente notables á la casa y oficina le los señores Huth y Cª, Concepción, que la ıan colocado muy por encima de la casa de os mismos señores en Valparaíso y Santia-go, tomadas en conjunto, en el ramo de aba-rotes, mercería, etc., que es la sección espe-cialmente confiada á su cargo, como consta le las notas que se remesan quincenalmente á Londres, sin que su actividad haya dejado le extenderse á la venta de trapos cuando se ocupa de vendedor viajero.

En razón de tales ganancias y de las ventas que ha realizado desde la fecha de su último contrato, 22 de mayo de 1902, en la sección á su cargo, ventas que suman $ 1.940,000 fuera de las comisiones é intereses ganados en los pedidos por cuenta ajena y ganancias que suben de $ 329,800, en un lapso de tiem-po sólo de un año once meses.

Que la casa le prometió pagar, fuera de su sueldo, la gratificación usual de comercio, que es el 1% de las ventas, como pagan los señores Duncan, Fox y Cª, el señor Jorge Gibson y otras casas á sus vendedores.

Esta gratificación alcanza á $ 19,400 de-jando para los señores Huth y Cª $ 310,400 de ganancia líquida en la sección á su cargo antes de dos años.

Demanda el pago de esta gratificación.

El día lúnes 21 de marzo de 1904, salió de esta ciudad hasta Curicó en su carácter de vendedor viajero.

En las plazas de Curicó, Talca y Chillán en sólo cuatro días útiles realizó ventas por la suma $ 52,000 á lo menos, la mayor parte en oro.

Regresó el lúnes 28 y el jueves 31 del mismo marzo, don Enrique Nelson Phillips, empleado de los señores Huth y Cª, se presentó á su casa, para notificarle verbalmente y por me-dio de una carta escrita en Valparaíso á nombre de Huth y Cª, que se le separaba de su empleo desde el 31 de marzo de 1904, ofre-ciéndole sí el pago anticipado de $ 500, que sería el sueldo de este mes.

Ha rechazado tal separación injustificada é inmotivada y se ha negado á aceptar la expresada suma de $ 500.

Inquiriendo la causa de separación tan violenta y sorpresiva, ha sabido que ella se funda en la envidia que han hecho nacer en el ánimo de algunos jefes de Huth y Cª los éxitos que viene obteniendo á diario en la sección á su cargo, envidia que ha tomado como base para fundar su separación el ru-mor público de que se piensa nombrarlo je-rente de una sociedad en proyecto para im-portar y exportar mercaderías, debiendo em-pezar su jerencia en esa sociedad, que aún no existe, después del 1º de octubre de 1905.

"Antes que yo entrase—agrega—como em-pleado á la casa Huth y Cª en esta ciudad, dicha casa no realizaba ventas al año en abarrotes por más de $ 20,000 y su surtido en ese ramo consistía solamente en limitadas cantidades de los siguientes artículos, como consta de sus libros: grasa, aceite de oli-vo, etc.

"Bajo mi dirección, como consta de la

cuenta que presento, el ramo de abarrotes en la casa es completo, puede decirse; y las ventas realizadas en él han pasado de un millón de pesos en el año último, como también consta de los libros.

"Las casas de Huth y Cª en Valparaíso y Santiago unidas han realizado ventas alrededor sólo de $ 600,000 en el año indicado, y esto debido al incremento de sus mercaderías en abarrotes, en conformidad á los pedidos que yo hacía al extranjero para la casa de Concepción.

"Mientras la casa de esta ciudad, merced á la selecta clientela adquirida y sostenida por mí, no ha perdido suma alguna, ni grande ni pequeña, las casas de Valparaíso y Santiago han comprometido $ 150,000 en el fracaso Pío Herreros y Cª, $ 120,000 en la quiebra de don Ignacio Rodríguez, $ 65,000 en la quiebra de Inchausteguy y varias otras sumas, algunas de las cuales suben de $ 20 mil.

"Todos estos hechos que se comprueban con los libros y correspondencia de las tres casas que Huth y Cª tienen en Chile, han impulsado á los jefes don Cárlos Augusto Rodewald y á don Adolfo J. Walbann á despedirme intempestivamente de la casa, temerosos de que los éxitos que he obtenido y alcanzo constantemente indujesen á los dueños y jefes de la casa de Londres señores Federico Huth y Cª, á colocarme á la cabeza de sus negocios en Chile, perdiendo los señores Rodewal y Walbann, en tal evento, la jefatura y la participación que tienen en las ventas y ganancias de la firma de que se trata.

"Y tal separación ha unido y agregado á la temeridad y la injusticia, la depresión y perjuicios morales y materiales que entraña la publicación hecha en el diario "*El Sur*", de esta ciudad, diario importante y de vasta circulación.

"Hay depresión moral en dicha publicación por cuanto no expresa ella, ni podía expresarlo, que me separo por mi gusto y á buenas, como acontece en el aviso que registra el mismo diario respecto de don Guillermo Hartung.

"Me causa perjuicios materiales dicha publicación, porque ella estorbará mi colocación en otra casa de comercio por el plazo de [illegible] años contados desde el 1º de octubre de [illegible] con el sueldo de $ 8,400 anuales mas [illegible] del total de importación y exportación [illegible] que equivale á más de 1% de las ventas de abarrotes de la casa de Huth y Cª de Concepción, constando ya esta oferta á los señores Rodewal y Walbann.

"Estos perjuicios habrán de ser estimados en su justo valor por los Tribunales de Chile, por ser este un caso demasiado calificado.

"Hago presente que jamás he faltado en lo menor en el fiel desempeño de mis obligaciones, siendo esclavo de ellas.

"Es tal que habiéndome dislocado un pie en la bodega y en servicio de la casa Huth y Cª en esta ciudad, sólo quedé en casa dos días, dirigiendo desde allí los negocios y vi á los almacenes al tercero, con sorpresa del mismo médico.

"En la fuerza y fe del contrato del arrendamiento de servicios ó de mandato comercial para vender quedo amparado por los artículos 1545 y 1489 del Código Civil y por los artículos 332 y 333 del Código de Comercio pues expongo y agrego expresa y terminantemente que he cumplido y estoy dispuesto á cumplir por mi parte lo pactado."

En consecuencia, pide se tenga por demandada en forma esta demanda en juicio ordinario de comercio y se declare que los señores Huth y Cª deben pagarle:

1º $ 9,000 valor insoluto del sueldo contratado, durante el tiempo comprendido entre el 31 de marzo último y el 1º de octubre de 1905, con sus intereses legales desde la fecha de esta demanda;

2º $ 19,400, valor de mi participación en comisión en las ventas, también con los intereses legales en la forma indicada anteriormente;

3º El monto en que se fijen los perjuicios que le causa la publicación noticiosa hecha en su contra en el diario *El Sur* que adjunta estorbando la celebración de un contrato provechoso é importante; y

4º Las costas de este juicio.

Don J. Senén Conejeros, por Huth y Cª, comerciantes, domiciliados en esta ciudad, [illegible] se niegue lugar á la demanda en todas sus

partes y se acepte la reconvención que formula en la conclusión, con expresa condenación en costas.

Que la verdad es distinta de lo que dice el señor Montrión.

Abusando posiblemente de la confianza depositada en él y aprovechándose de los mismos datos ó informaciones adquiridos en el desempeño de su empleo, como vendedor de la casa en el ramo de abarrotes y mercería, ha ejecutado actos que le harían absolutamente indigno de seguir interviniendo un solo día mas en las operaciones comerciales de la firma Huth y Compañía.

Hace ya algún tiempo, inició en esta plaza y creo también en varias otras, gestiones positivas y reiteradas en el sentido de constituir una sociedad para negociar en el ramo de importación de mercaderías adquiridas en Europa, que es precisamente el giro principal de los señores Huth y Cª.

Estas gestiones en su principio fueron llevadas con cierta reserva cavilosa y de ellas sus mandantes solo tenían noticias mas ó menos vagas; pero después en el mes de febrero último adquirieron ya un carácter mas franco y pronunciado, pues el señor Montrión, asumiendo en público el papel de gestor é inspirador principal de la aludida sociedad, procedió á preparar entónces y á redactar los títulos respectivos y á activar estraordinariamente la colocación de acciones en el comercio de esta ciudad.

"Prueba de lo que afirmo son las seis cartas que presento signadas con las letras A, B, C, D, E y F.

"Por la primera de ellas se acredita que en el mes citado se presentó el señor Montrión á la Notaría del señor Eduardo Larenas con los estatutos de la sociedad, solicitando de este funcionario que los revisara y pusiera en forma legal; por la segunda, suscrita por don Benardino Corral, se desmuestra que para inclinar á éste conocido y honorable comerciante á adquirir cierto número de acciones le ponderó las excelencias del negocio, fundándose precisamente en el cabal conocimiento que tenía del provecho que los señores Huth y Cª alcanzaban en sus ventas; y por las restantes, suscritas por los señores Juan Highet, Vicente de Arestizábal, Manuel Fernández y Belisario Campos, todos comerciantes de esta plaza, se comprueba ampliamente que solicitó también de ellos la colocación de acciones y con la autorización necesaria para hacerlos figurar desde luego como miembros del directorio provisorio.

"Se permitió también dirijir al ex-jefe de la casa en esta ciudad señor Railtón, la carta de fecha 6 de febrero de 1904 de que acompaña la traducción adjunta.

"En dicha carta aludiendo el señor Montrión á una reunión de accionistas celebrada *ad-hoc*, le ofrece el cargo de agente general en Europa con el sueldo y demás condiciones que en la misma carta se leen y al propio tiempo le urje para que le dé una respuesta categórica para el día lúnes inmediato.

"En presencia de estos hechos concretos y ciertos no quedaba á los señores Huth y Cª otro camino que exonerar en el acto á tan mal empleado del cargo de confianza que se le confiara.

"Y puedo asegurar que la conducta posterior observada por el señor Montrión ha guardado armonía con la anterior, pues al retirarse del establecimiento se llevó consigo el libro manual de costos que tenía en su poder solo en razón de su puesto y para el buen desempeño del mismo.

"Si hemos de atenernos á la traducción que el propio señor Montrión dá del contrato aducido en su favor y si nos fijamos en la cláusula 5ª, resulta que dicho señor se comprometió por su parte á dedicar todo su tiempo y á hacer todo empeño posible para servir los intereses de los señores Huth y Cª y merecer su satisfacción.

"Se comprende que el señor Montrión se ha colocado fuera de la ley y del contrato que invoca y, por tanto, no tiene derecho de afirmar que está amparado por aquella ni por éste.

"El artículo 1546 del Código Civil estatuye que los contratos deben cumplirse de buena fe, por consiguiente obligan no sólo á lo que en ellos se expresa sino á todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, ó que por la ley ó la costumbre pertenecen á ella.

"Un empleado ó un dependiente de cualquier establecimiento comercial, sea que preste sus servicios en virtud de un contrato verbal ó escrito, está pues obligado á desempeñarlo con la mayor escrupulosidad y con la mas absoluta buena fe, sin que le sea lícito en ningún momento echar en olvido los intereses del establecimiento á que sirve ó á que se halla vinculado por el cargo que inviste.

"En el caso de estos antecedentes se ve claramente que el señor Montrión ha violado por completo las obligaciones contenidas en el precepto legal en referencia.

"Ha violado también el artículo 331 del Código de Comercio que prohibe á los factores y dependientes tomar interés en nombre propio ó ageno en negociaciones del mismo género que las que hagan por cuenta de su comitentes.

"Niego que el señor Montrión tenga derecho á cobrar la suma de $ 9.000 con intereses legales, ni sin ellos, que demanda en primer término.

"También rechazo y niego como absolutamente inexacta la aseveración que se formula de contrario para deducir la segunda petición de la demanda, esto es, que la casa Huth y Cª haya contraido la obligación de pagar al demandante el 1% sobre el monto de las ventas por él realizadas.

"Mis mandantes no han autorizado á nadie para estipular una obligación semejante y ni siquiera para ofrecer gratificación extraordinaria especial de ninguna especie.

"En una parte el señor Montrión habla de gratificación y en otra dice que lo que cobra es á título de comisión de venta.

"Lo cual si algo revela no es ciertamente el derecho del recurrente, sino su completa falta de fijeza acerca de las pretensiones que quiere hacer pesar contra ó sobre mis mandantes.

"Si es gratificación en el sentido usual y corriente de la palabra y admitiendo por un momento, en hipótesis, que se hubiera hecho al demandante una oferta en ese sentido, lo que niega, no tendría acción alguna que ejercitar, ya que un acto de mera liberalidad prometido no puede ser fuente de obligaciones civiles exijibles.

"Y si es comisión, lo que también niego, habría debido empezar por presentar la cuenta correspondiente de su gestión, como lo previene la ley.

"Los perjuicios que cobra por la depresión moral y perjuicios materiales que dice le ha causado la publicación en "*El Sur*" no tienen base alguna ante la ley.

"Afirma el señor Montrión que estos perjuicios se pagan á precio de oro en Inglaterra y Estados Unidos.

"Así debe ser cuando en realidad hay base para cobrarlos y es muy justo que tal ocurra: pero en el caso particular en exámen, puedo asegurar que en Chile, y seguramente también en Inglaterra y Estados Unidos, no hay ley alguna en que apoyar una pretensión semejante.

"Lo cual se corrobora también observando que en este punto de la demanda no se invoca ningún precepto legal pertinente.

"O la separación fué motivada, y en tal supuesto vendríamos á parar en que su falta de admisión en la colocación que dice se le ha escapado se debería á su propia culpa y, por tanto, no tendría razón para exijir prestación alguna contra mis mandantes; ó bien esa separación fué inmotivada ó ilegal, y entónces con solo exponer la verdad de lo ocurrido á esa otra casa que iba á utilizar sus servicios, es evidente que sería admitido con plausible regocijo, pues iría allí á seguir la misma línea de conducta que los señores Huth y Cª no habían sabido apreciar y estimar en su justo mérito y valor legal y comercial".

En mérito de lo que ha expuesto, pide no se dé lugar á la demanda en ninguna de sus partes, con costas.

Apoyándose en los antecedentes relacionados deduce reconvención para que en definitiva se declare que los señores Huth y Cª han hecho uso de su legítimo derecho al exonerar al señor Montrión del cargo de vendedor que desempeñaba.

Aduce en pro de esta reconvención lo estatuído por los artículos 331 y 333 del Código de Comercio y en el 1546 del Código Civil.

Replicando don Julio Montrión, expone que acompaña una minuta para que el Juzgado vea el valor de la comisión que cobra, según

a demanda, en fuerza de las cuantiosas ventas que ha realizado á favor de Huth y Cª, dejándole una utilidad demasiado valiosa.

Hace notar que en el mes de marzo último realizó ventas por valor de $ 128.409,61, suma á la cual jamás llegó ántes ni llegará tan pronto Huth y Cª, en sus ventas de abarrotes durante un mes.

Y esto sin contar veinte y tantos mil pesos por contratos de ventas que pactó en ese mismo mes y se incluyeron en las ventas de abril siguiente.

Que los libros de Huth y Cª habrán de confirmar su aserto.

Contestando á la reconvención don Julio Montrión pide se de lugar á la demanda en todas sus partes, desechando la reconvención con costas.

"No es aplicable al caso lo dispuesto en el artículo 331 del Código de Comercio; porque yo no he traficado por mi cuenta y tomado interés, en nombre mío ó ajeno, en negociación alguna del mismo género ni de otro que el que hacía por cuenta de la casa demandada.

"Además, sobre este punto, suponiendo falsamente que hubiese girado y tomado interés en negociaciones del mismo género que las que corrían á mi cargo como vendedor de Huth y Cª, la sanción que el citado artículo 331 establece es aplicar al contratante los beneficios que tales negociaciones hayan producido en beneficio mío, y no la pérdida de mi empleo é infracción del contrato.

"El artículo 333 del Código de Comercio que he invocado á mi favor no logrará acogida en mi contra, porque mis servicios á Huth y Cª los he prestado cumpliendo del modo mas satisfactorio para la casa, todas mis obligaciones, mereciendo de sus administradores contínuos y merecidos elogios.

"Si don Horacio Parada, organizador de la sociedad anónima titulada "Compañía Importadora y Explotadora" en mero proyecto, me ofreció la gerencia, si tal sociedad llegaba á constituirse, mi respuesta fué que tenía contrato vijente con Huth y Cª sobre mis servicios; que ese contrato expiraba el 1º de octubre de 1905 y que solo después de esa fecha podría resolver si aceptaba ó no tal gerencia, según me conviniese.

"He adquirido con mi peculio ese librito de costos y su clave, y los he usado digna y provechosamente á favor mío y de Huth y Cª".

Duplicando el procurador de Huth y Cª. pide se resuelva esta causa como lo ha pedido en el escrito de contestación y reconvención, con costas.

"Mantengo y reproduzco en todas sus partes las afirmaciones y razonamientos formulados en la contestación y reconvención.

"La colocación de acciones ha sido gestionada directamente por don Julio Montrión, según lo acreditan las cartas de los señores Edmundo Larenas, Bernardino Corral y demás honorables comerciantes.

"El hecho de que don Horacio Parada B. se haya ocupado también en las mismas gestiones y de que él haya sido el principal inspirador de la sociedad en formación, no influye sustancialmente en el caso, ni aminora la responsabilidad del señor Montrión, ya que una sociedad anónima requiere, no uno, sino muchos agentes ó coloboradores: quiere decir que el demandante ha sido uno de estos colaboradores.

"Por lo demás, las propias cartas acompañadas en su descargo por la contraria comprueban esta colaboración; así la de don Nicasio Zulaica manifiesta que el señor Montrión recibió del señor Parada el encargo de llevar al notario don Edmundo Larenas los estatutos de la aludida sociedad con el objeto de consultarlos y de darles forma legal; y la de don Vicente de Arestizábal acredita que el mismo demandante en persona y acompañado de don R. Railton, ex-jefe de la casa de Huth y Cª en esta ciudad, fué á la oficina del señor de Arestizábal con el fin de conversar con él acerca de la sociedad importadora y exportadora de mercaderías que se trataba de formar.

"En su propósito de negar la grave falta ó abuso de confianza cometido, el demandante ha llegado á afirmar que la carta cuya copia signada con la letra G. se ha acompañado es

forjada ó supuesta por mis mandantes y que no se podrá presentar el original. Efectivamente, este orijinal no podrá ser presentado por mis mandantes, pero ello se esplica teniendo presente que dicho orijinal fué devuelto al demandante por el destinario señor Railton.

"En la demanda se califica de causal irrisoria la que determinó á mis mandantes á exonerar de su empleo al señor Montrión; mas á tal apreciación contrapongo la opinión del alto comercio de esta ciudad manifestada claramente en las cartas adjuntas signadas con los números 1, 2, 3, 4, 5 y 6, y suscritas por los jefes de las conocidas firmas de Hagnauer y Compañía, Williamson Balfour y Compañía, etc.

"Todas estas casas manifiestan que ni por un sólo momento tolerarían que continuara formando parte de su personal de empleados, uno que se ocupara en colocar acciones para una sociedad comercial importadora y exportadora de mercaderías".

Ha acompañado el demandante dos copias de cartas que habían sido dirigidas á don Augusto Rodewald á Valparaíso, la primera con fecha 27 de marzo y la segunda con fecha 6 de enero del año en curso 1904. En dichas copias se hace aparecer al mismo señor Montrión hablando al señor Rodewald, como una cosa ya de antemano cierta y convenida, de la pretendida comisión que sobre el monto de las ventas dice le corresponde y además de la colocación de acciones y de la constitución de la sociedad anónima importadora y exportadora de mercaderías, dando así á entender que aquello de la sociedad era algo en que los propios señores Huth y Compañía iban á tomar parte y en que ciertamente éstos habrían de cooperar con toda eficacia y entusiasmo.

"Apenas necesito decir que tales cartas son absolutamente falsas é inventadas, pues ni se han recibido jamás por el señor Rodewald, ni mucho menos ha podido el señor Montrión tener de ellas contestación alguna.

"Asimismo apenas necesito decir que es una invención *ad hoc* todo lo referente á la pretendida comisión del uno por ciento sobre las ventas realizadas por la casa, y mucho más lo es el que don Augusto Rodewald haya tenido conocimiento é intervenido en la tarea de ayudar á formar la mencionada sociedad importadora y exportadora de mercaderías.

"La tal comisión del uno por ciento, sobre no haber sido ofrecida ni comprometida jamás por los señores Huth y Compañía, es absolutamente inverosímil, si se atiende á que la remuneración de los servicios de don Julio Montrión consistía en un sueldo anual fijo y determinado en un contrato escrito; si también hubiera sido el uno por ciento de las ventas parte de la remuneración de tales servicios, es evidente que se habría igualmente consignado en el contrato respectivo.

"A fines de marzo del año actual la única carta recibida del señor Montrion por el señor Augusto Rodewald, es la que acompaño con su respectiva traducción castellana.

"Esta carta es de fecha 26 del mes citado, y como puede notarlo el Juzgado, en ella el señor Montrión arroja ya léjos todo disimulo y se atreve á hablar al señor Rodewald del sindicato ó sociedad en cuya formación él estaba empeñado y de la cual antes la casa Huth y Compañía no tenía una confirmación tan terminante.

"Esta carta no podía producir otro resultado que la exoneración del señor Montrión ni merecer otra contestación que la que se lee en la carta que con su respectiva traducción castellana acompaño bajo los números 14 y 15, contestación dada no ya por el destinatario, señor Rodewald, sino por la firma oficial de la casa Huth y Compañía, en la cual se expresa clara y terminantemente al señor Montrión que habiendo violado su contrato, queda exonerado del puesto de confianza que desempeñaba.

"La minuta que se ha acompañado con el escrito de réplica, carece de importancia, porque dando por sentado que sean exactas todas las cifras que en ellas se consignan como valor de las ventas realizadas por la casa Huth y Compañía, es el caso que tales ventas han sido realizadas no por acción única y directa del señor Montrión sino

también, como es fácil comprenderlo, con la intervención de los jefes de la casa, que lo han sido los señores H. P. Walker y R. Railton.

"Al invocar en el escrito de contestación y reconvención el artículo 331 del Código de Comercio, como razón legal en pro de los derechos de mis representados, no ha sido para reclamar lucros ó ganancias que hubiere reportado el señor Montrión, sino para relacionarlo con la sanción establecida en el numerando 2º del artículo 333 del mismo Código.

"Esta disposición considera como causal suficiente de rescisión de todo contrato entre el factor de comercio ó dependiente y su principal el hecho de haber el primero ejecutado alguna de las negociaciones prohibidas en el artículo 331; luego debe caer bajo la sanción correspondiente".

Se recibió la causa á prueba, fijándose los puntos sobre los que debía recaer; se rindió la prueba testimonial que consta de autos.

El testigo del demandado señor Bernardino Corral fué tachado por el demandante por estar éste inhabilitado para declarar en la causa, á virtud de tener en el pleito interés indirecto, que es la tacha prevista en el número 6º del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil; y la funda en que el señor Corral es socio interesado de Vallejos y Compañía quienes adeudan á Huth y Compañía.

El representante de los señores Huth y Compañía pidió que se deseche la aludida tacha opuesta al testigo señor Corral, por cuanto la causal invocada no tiene el alcance legal que se le atribuye, suponiéndola efectiva, y porque el que iba á declarar no es Vallejos y Compañía sino el señor Corral.

Se declaró admisible y se recibió á prueba la mencionada tacha opuesta al señor Corral; pero en la sesión de que da constancia el acta, espuso el demandante que no tenía testigos para acreditar la efectividad de dicha tacha, la que acreditaría con sólo prueba documental y libros.

Se citó para sentencia y el Juzgado de Concepción, con fecha 13 de septiembre de 1906, resolvió:

Considerando:

1º Que según el contrato, cuya efectividad han reconocido los demandados, al absolver la pregunta veinticinco de las posiciones, los señores Huth y Compañía contratan al señor Montrión para ser empleado de su casa sucursal en Concepción para la venta de mercaderías y también obrar como viajero por la firma cuando sea necesario dentro del territorio de la República. Este contrato es por tres años, á contar desde el 1º de octubre de 1902. El sueldo se pagaría al señor Montrión á razón de $ 6.000 moneda corriente de Chile por año, excluyendo gastos de viaje. El señor Montrión, por su parte, promete dedicar todo su tiempo y poner todo el empeño posible para servir los intereses de los señores Huth y Compañía y para merecer la satisfacción de éstos;

2º Que en su carta, reconocida por el señor Rodewald, jefe de la casa de Huth y Compañía en Valparaíso, absolviendo la pregunta veintidos de las posiciones, fechada en 26 de marzo de 1903 y dirigida al señor Montrión le dice. "Hemos estado completamente satisfechos con sus servicios y apreciamos su celo é interés en el trabajo que le hemos confiado. No dudamos que usted continuará haciendo lo mejor para merecer la confianza que la firma ha depositado en usted";

3º Que de la diligencia de inspección judicial de los libros de comercio de los señores Huth y Compañía en esta ciudad, de que da constancia el acta, aparece que durante los años 1897 y 1898 las ventas en el ramo de abarrotes no alcanzaron en total á más de $ 320.000; mientras tanto que durante el tiempo en que permaneció como empleado de dicha casa el señor Montrión se vendió sólo en un año once meses en total más de $ 1,600.000, en el mismo ramo de abarrotes; lo que demuestra un aumento de más de $ 1,300.000 en el giro de este negocio durante el tiempo que estuvo encomendado

al señor Montrión, en la casa de Concepción;

4º Que en el ejemplar del pediódico *La Discusión* de Chillán, de fecha 13 de abril de 1904, aparece publicado el siguiente aviso al comercio: "Avisamos al comercio que desde esta fecha ha dejado de ser nuestro empleado el señor Julio Montrión.—Chillán, 11 de marzo de 1904.—*Huth* y *Compañía*";

5º Que el socio jestor y representante del demandado don Carlos Augusto Rodewald, absolviendo la articulación dieciocho de las posiciones, dice que el aviso á que se alude fué puramente comercial para avisar á la clientela que el señor Montrión había salido de la casa;

6º Que absolviendo el señor Rodewald, en representación de los demandados, las posiciones, dice: "que la casa Huth y Compañía no ha tenido motivo para quejarse de la conducta del señor Montrión hasta que tuvo conocimiento que Montrión estaba haciendo gestiones para la formación de una sociedad competidora de Huth y Compañía", y que preguntado el mismo señor Rodewald, al tenor de la articulación diecisiete de dichas posiciones, acerca de cómo es verdad que la casa Huth y Compañía no ha tenido causa alguna para justificar la arbitraria é injustificable violación que ha hecho del contrato que motiva el presente juicio, contestó el absolvente: "que han tenido fundamento para proceder, porque de hecho quedaba roto el contrato una vez que el señor Montrión se ocupaba de asuntos ajenos al giro de la casa y no dedicaba todo su tiempo y empeño en interés de la casa";

7º Que preguntado el señor Rodewald en la articulación séptima de las posiciones acerca de cómo es verdad que á principios de febrero de 1904, estando el absolvente de paso por Concepción, tuvo una larga conversación con el señor Montrión en la que se trató acerca del proyecto de don Horacio Parada Benavente, quien deseaba fundar una Compañía Importadora y Exportadora, contestó el señor Rodewald "que el señor Montrión en esa fecha me habló de la formación de una Compañía que no recuerdo si del señor Parada ó de otro";

8º Que en carta de fecha 29 de marzo de 1904, dirigida por los señores Huth y Compañía de Valparaíso al señor Montrión exponen: "que desde algún tiempo pasado sabíamos en realidad que usted estaba tratando de formar una sociedad para importar y exportar mercaderías, no obstante el contrato firmado con la casa, según el cual todo su tiempo debía haberlo dedicado á los intereses de la casa. Esta acción de su parte constituye un rompimiento de dicho contrato y por esta razón hemos determinado dispensarlo de sus servicios desde el 31 del presente mes";

9º Que de lo expuesto en los considerandos precedentes se desprende que, contratado el señor Montrión para atender como empleado el negocio de abarrotes en la casa de comercio de los señores Huth y Compañía en Concepción, desempeñó el mandato con laboriosidad y acierto para sus mandantes, cuyas ventas en ese ramo se vieron más que cuadruplicadas durante la administración del señor Montrión. Y que por la sola circustancia de haber efectuado el señor Montrión algunas gestiones preliminares tendentes á formar una Compañía importadora y exportadora de mercaderías con conocimiento de los jefes de las casas de Huth y Compañía en esta ciudad y en Valparaíso señores Railton y Wallan, respectivamente, quienes nada le observaron al principio, resultó que fué relevado de su empleo el señor Montrión, fundándose para ello los señores Huth y Compañía en que de hecho quedaba roto el contrato una vez que el señor Montrión se ocupaba de asuntos ajenos al giro de la casa;

10. Que el fundamento invocado al final del considerando precedente, invocado por los señores Huth y Cª para dar por roto ó terminado el contrato de arrendamiento de servicios aludido, no es causa legal de rescisión de dicho contrato por los motivos siguientes:

a) Porque las diligencias practicadas por el señor Montrión para la formación de la sociedad "Importadora y Exportadora de mercaderías", las efectuaba con conocimien-

o de la casa Huth y Cª y el hecho de haber enido estos señores conocimiento de ello sin rotestar ni ver modo de impedirlo; así como a circunstancia de haberse ofrecido la gerencia de dicha sociedad al propio jefe de la casa Huth y Cª en Concepción, señor Railton, significa, si no una aprobación de la conducta del señor Montrión, á lo menos un conocimiento tácito de la parte de los señores Huth y Cª de que al proceder así, el señor Montrión no contrariaba las obligaciones que tenía como empleado de esa casa; ya que á no estimarlo así, ni el señor Railton debiera haber aceptado por un solo momento la especativa que se le ofrecía de ser gerente de ella porque debieron entonces declarar roto el contrato en el mismo instante de conocer las gestiones del señor Montrión si estimaban, como hoy, esa conducta incorrecta.

b) Porque las gestiones practicadas por el señor Montrión mencionadas, no se tradujeron en una sociedad existente á la fecha en que se le eximió del empleo sino que eran aún conversaciones; pues ni siquiera existía un título que justificara el interés del suscritor de una acción ó promesa de acción de la sociedad proyectada; por cuanto no se había otorgado la correspondiente escritura pública de la sociedad anónima aludida;

11. Que no es lícito á los factores ó dependientes ni á sus principales rescindir sin causa legal los contratos que hubieren celebrado entre sí con término fijo; y el que lo hiciere deberá indemnizar al otro los perjuicios que le sobrevinieren.

12. Que el aviso publicado por los señores Huth y Cª, y que aparece en el diario *La Discusión*, en la forma en que está redactado es una imputación injuriosa contra el señor Montrión; habiéndose, además, probado con las declaraciones de cuatro testigos examinados al tenor del quinto punto de prueba, que con motivo de dicha publicación se ocasionó al demandante un lucro cesante que aprecian algunos de sus testigos en una considerable suma de dinero.

Teniendo presente con respecto á la tacha puesta al testigo señor Bernardino Corral, que éste ha sido repreguntado por el demandante.

Y visto lo prescrito en los artículos 374, incisos 2º y 4º, 389, 196 é inciso último del artículo 347 del Código de Procedimiento Civil, artículos 332 y 96 del Código de Comercio y artículo 2331 del Código Civil,

Se declara:

Que se desecha la tacha puesta por el demandante al testigo don Bernardino Corral de tener interés indirecto en el pleito y fundado en el número 6º del artículo 947 del Código de Procedimiento Civil, y

Que ha lugar á la demanda sólo en cuanto los señores Huth y Cª deben pagar al demandante la cantidad de $ 9.000, valor insoluto del sueldo anual contratado, durante el tiempo comprendido entre el 31 de marzo de 1904 y el 1º de octubre de 1905, con sus intereses legales desde la fecha de la contestación de la demanda; y además pagar al demandante la suma de $ 10.000, valor en que se estiman por el juzgado los perjuicios que han ocasionado y que deben indemnizar á don Julio Montrión, los señores Huth y Cª con la publicación hecha en los diarios del aviso mencionado, anunciándose la separación del señor Montrión.

Se desecha la reconvención deducida por los señores Huth y C.ª

Se condena en costa á los demandados.—*David Costa Pruneda.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, y

Considerando:

1º Que don Julio Montrión Elton cobra en la demanda:

Primero: La suma de $ 9.000, valor insoluto de su sueldo como empleado de la casa Huth y Cª, durante el tiempo comprendido entre el 31 de marzo de 1904 y el 1º de octubre de 1905, con los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda;

Segundo: $ 19.400, importe de la comisión del 1% que le corresponde por las ventas realizadas en esa casa, con los intereses también

legales en la forma anteriormente indicada; y

Tercero. El monto en que se estimen por el juzgado los perjuicios que se le han ocasionado con motivo de la publicación maliciosa hecha en su contra por la casa demandada en uno de los diarios de esta ciudad.

2º Que el demandante funda su acción en haber cumplido con las obligaciones contraídas en el contrato de 22 de mayo de 1902 y en la falta de razón justificada, por parte de la casa Huth y Cª, para ponerle término antes de la fecha prefijada en él; en que la misma casa de Huth y Cª se comprometió á pagarle, fuera de su sueldo, la gratificación usual de comercio del 1% sobre el valor de las ventas que realizara; y por último, funda su acción en estimar que la publicación á que se ha hecho referencia en el considerando anterior, es una imputación injuriosa contra su honor y buen crédito.

3º Que el demandado solicita el rechazo de la demanda sosteniendo, á su vez, que don Julio Montrión Elton no ha cumplido con las obligaciones establecidas en el contrato, por cuanto distrajo gran parte de su tiempo en gestiones positivas y reiteradas en el sentido de constituir una sociedad para negociar en el ramo de importación de mercadería extranjera, que es el giro principal de la casa Huth y Cª y asumiendo en público el papel de gestor é inspirador principal de ella, procedió á redactar sus estatutos, á activar la colocación de acciones en el comercio de esta ciudad y á solicitar la autorización de algunas personas para hacerlas figurar como miembros del directorio provisorio; y por último, el demandado niega haber contraído para con el demandante la obligación de pagarle el 1% sobre el valor de las ventas que realizara, sosteniendo, al mismo tiempo, que no existe ley alguna en qué apoyar la tercera petición del escrito de demanda.

4º Que basado en estos mismos antecedentes y de acuerdo con lo prescrito en los artículos 331 y 333 del Código de Comercio y 1446 del Código Civil, reconviene al demandante para que se declare en definitiva que ha hecho uso de su legítimo derecho al exonerarlo del cargo de vendedor que en la casa de Huth y Cª desempeñaba.

5º Que según aparece del contrato de 22 de mayo de 1902, reconocido por ambas partes, la casa de Huth y Cª tomó como empleado para la venta de mercaderías á don Julio Montrión Elton, con el sueldo anual de $ 6.000 por el término de tres años, comprometiéndose éste por su parte, como textualmente se dice en la cláusula quinta, á "dedicar todo su tiempo y á hacer todo empeño posible para servir los intereses de Huth y Cª y merecer su satisfacción", debiendo el contrato mencionado comenzar á regir el 1º de octubre de 1902 y terminar, por consiguiente, el mismo día y mes del año 1905.

6º Que don Julio Montrión fué exonerado por la casa de Huth y Cª del cumplimiento de sus obligaciones como empleado el 31 de mayo de 1904, esto es, un año y seis meses antes de la terminación del contrato tantas veces mencionado.

7º Que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, debe ejecutarse de buena fe y obliga, no sólo á lo que en él se expresa, sino á todas las cosas que emanen de la naturaleza de la obligación ó que por la ley ó la costumbre pertenecen á ella.

8º Que aparece comprobado en los antecedentes con las declaraciones de los testigos no tachados ó cuya tacha no se comprobó, don Edmundo Larenas, don Bernardino Corral, don Vicente Arestizábal, don Juan Highet y don Carlos Charpentier, examinados en la sesión de prueba de que da testimonio la diligencia, que don Julio Montrión los invitó para que tomaran interés ó formaran parte de una sociedad comercial que tenía por objeto la exportación é importación de mercaderías extranjeras, agregando el testigo Larenas, notario público, que fué el mismo Montrion quien le llevó los estatutos de la referida sociedad para que les diera forma conveniente; y el testigo Corral, que Montrión para ponderarle la bondad del proyecto le dió algunos detalles sobre precios y cantidades con que eran recargadas las mercaderías en la casa de Huth y Cª

9º Que los actos ejecutados por el demandante y á que se refiere el considerando anterior, sobre importar una violación de la recordada cláusula quinta del contrato, puesto

ıe distraía parte de su tiempo en otros ne-
›cios mercantiles que los de la casa que lo
nía contratado, importan también la ejecu-
ón de actos que le estaban prohibidos por
ley, ya que de la propia naturaleza de los
rvicios á que estaba obligado para con la
ısa Huth y Cª se desprende que no le era lí-
to ocuparse en formar una sociedad mer-
ıntil cualquiera, cuanto más una que tuvie-
ı un giro análogo al de aquélla.

10. Que aunque las declaraciones de los tes-
gos Larenas, Corral y demás que se mencio-
an en el considerando 8º de esta sentencia
›n singulares, tienen, sin embargo, en el caso
ctual, la fuerza probatoria que les da el ar-
ículo 374, regla primera, del Código de Pro-
:dimiento Civil.

11. Que no hay constancia en autos de que
›s jefes de la casa Huth y Cª de Valparaíso
uvieran conocimiento de las gestiones que
ıacía don Julio Montrión para la formación
le la sociedad en referencia, ni menos de que
ıprobaran ni toleraran esos actos, y si bien
ıparece que don H. Railton, jefe de la sucur-
al de esta ciudad, tuvo ese conocimiento y
o toleró, esto no justifica la conducta de
Montrión, ya que el que lo contrató no fué el
ıeñor Railton ni la sucursal de Huth y Cª en
:sta, sino la casa de Valparaíso.

12. Que de todo lo anteriormente expuesto
ıe deduce que el demandante ha ejecutado
ıctos que le estaban prohibidos por el con-
ırato y por la ley; y en consecuencia, la casa
Huth y Cª ha tenido causa legal para rescin-
lir aquel contrato.

13. Que el contrato de 22 de mayo de 1902
ıo contiene estipulación alguna acerca de la
:omisión de venta del 1%; y la prueba testi-
nonial rendida para comprobar su existen-
:ia, no es bastante para darla por establecí-
la, pues el testigo don Guillermo Bosse, pres-
:ando declaración al tenor del punto 4º de
la minuta, afirma que don Agustín Rode-
wald, socio administrador de la casa Huth y
Cª, ofreció al demandante esa comisión y re-
preguntado, en seguida, sostiene no conocer
al oferente y acto continuo, que tal comisión
ıe le pagaba; y don Jerónimo Pelicier, sirvien-
do aquel mismo punto de prueba, declara que
el ofrecimiento se hizo por el mencionado se-
ñor Rodewald el 10 ó 12 de mayo de 1902,
esto es, con anterioridad á la celebración del
contrato del 22 del mismo mes y año,

14. Que las imputaciones injuriosas contra
el honor ó el crédito de una persona no dan
derecho, por regla general, para demandar
una indemnización pecuniaria, á menos de
probarse daño emergente ó lucro cesante
apreciable en dinero; y ni aún en este caso de-
bería tener lugar la indemnización pecuniaria
si se probase la verdad de la imputación.

15. Que el aviso publicado por la casa Huth
y Cª y que dice: "avisamos al comercio que
desde esta fecha ha dejado de ser nuestro em-
pleado el señor Julio Montrión", no contiene
en su forma ni en el fondo una imputación in-
juriosa contra don Julio Montrión Elton.

16. Que da prueba testimonial rendida por
el demandante al tenor del punto quinto de
la mencionada minuta, tendente á establecer
que una publicación concebida en esos térmi-
nos le ha causado perjuicios, que un testigo
estima en $ 70 ú 80.000, otro en $ 50.000 y
un tercero que esos perjuicios son incalcula-
bles, es inadmisible, ya que los testigos no es-
tán llamados á hacer apreciaciones, sino á
prestar declaración acerca de los hechos ale-
gados y controvertidos durante la secuela del
juicio; y

17. Que, á mayor abundamiento, la afirma-
ción contenida en la publicación en examen
es verdadera, ya que ella guarda perfecta
conformidad con los hechos realizados antes
de que esa publicación se llevara á efecto.

Por estos fundamentos, y de conformidad
con lo prescrito en los artículos 1545, 1546,
1698, 1702, 1706 y 2331 del Código Civil,
128, 129, 330, 332 y 333, números 2º y 3º
del Código de Comercio; 151, 193, 373, 374
y 428 del Código de Procedimiento Civil, se
revoca la mencionada sentencia de 13 de sep-
tiembre del corriente año,

Se declara:

1º Que se desecha en todas sus partes la de-
manda; y

2º Que ha lugar á la reconvención deducida en el escrito.

No se condena en costas al demandante por estimarse que tuvo motivo plausible para litigar.

Redactada por el señor Ministro Navarro O.—*Exequiel Figueroa Lagos.—E. Fuentes R.—Ramón Navarro O.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Talca.—17 de noviembre de 1906

Romero y otro con Concha

Casación de oficio.—Omisión de resolución del asunto controvertido.—Acción posesoria.—Acción reivindicatoria.

DOCTRINA:—*Es nula la sentencia que desecha la demanda estimando posesoria la acción aducida, siendo que es en realidad la reivindicatoria ó de dominio.*

Este fallo no contiene la decisión del asunto controvertido y debe ser anulado de oficio por el Tribunal de Alzada.

Don Juan de Dios Romero y Encarnación Romero, representada por su marido Manuel Arce, interpusieron la demanda que sigue:

Expresan que don Simón Romero, padre de los demandantes, fué dueño exclusivo de cuatro cuadras de terreno, con dos manzanos y un peral frutal que había en él, estando el terreno situado en el título Llollehue, subdelegación de Lonquén de este departamento, que deslinda: norte, con tierra de don Benjamín Concha, separado por una barranca y cerca de álamo vivo; oriente, con otros de doña Ninfa Bruno y Andrea de la Concha, antes, y ahora de don Manuel Jesús y don Benjamín de la Concha, sirviendo de línea divisoria por este costado una viña y un foso; sur, fundo "Quebrada" de la sucesión de don Federico Puga, separado por un camino que de la costa de Colmuyao y otros puntos, conduce á la ciudad de Chillán; y poniente, con terrenos de doña Pastora Concha, antes, y ahora de Juan Constanzo y otro de los exponentes.

Así deslindada la propiedad, la adquirió con los árboles nuestro antecesor don Simón Romero, antes nombrado, por compra hecha á don Bruno de la Concha, el 12 de abril de 1850, como consta de la escritura que acompañan.

Desde la fecha de la venta el comprador Romero entró á poseer aquel suelo y demás, posesión que mantuvo regular á título de dueño, ejerciendo actos de verdadero dominio, sin contradicción de nadie hasta que falleció ahora como veinte años, más ó menos.

Muerto el señor Romero, nuestro antecesor, continuamos nosotros como sus sucesores en esta misma posesión hasta que, ahora como siete años, también más ó menos, don Benjamín Concha de su propia voluntad se

ha apoderado del enunciado terreno, y lo posee y explota hasta hoy, pues lo ha sembrado de trigo y destruído y destroncado un espinal que había en la propiedad y acabó por completo los árboles frutales.

No habiendo podido deducir en tiempo acción posesoria, entablamos demanda en contra de don Benjamín Concha, sobre restitución del terreno mencionado y pago de los frutos que haya producido y que estimamos en $400, y también sobre los frutos que haya producido la propiedad hasta la efectiva entrega del terreno.

Piden que se dé lugar á esta demanda y condenar al demandado á la restitución del terreno de que se trata, y al pago de los frutos, perjuicios y costas.

Se dió traslado de esta demanda á don Benjamín Concha y no habiéndola contestado, en su rebeldía se recibió la causa á prueba.

Durante el término probatorio los demandantes presentaron doce testigos y el demandado otros doce.

Se citó para sentencia, y el Juzgado de Quihue, con fecha 9 de julio de 1904, resolvió:

Considerando:

1º Que la prueba sobre los hechos aseverados en la demanda incumbe á los demandantes;

2º Que los mismos demandantes no han probado con prueba eficaz los hechos aseverados en su demanda, pues de los doce testigos que han declarado al tenor del interrogatorio, no han cumplido con la formalidad ordenada por decreto, de citar á la parte contraria para presenciar el juramento de los testigos;

3º Que, á mayor abundamiento, don Benjamín Concha ha probado con mayor número de testigos que los demandantes el hecho de haber poseído como dueño, durante más de treinta años, el terreno materia de este juicio, uniendo su posesión á la de su antecesor;

4º Que la vista ocular practicada por el Juzgado y de que da constancia el acta, no arroja luz alguna que sea pertinente para este fallo; y

5º Que tampoco arroja mérito el documento presentado por los demandantes y que corre en estos autos.

Por estos fundamentos y visto lo dispuesto en los artículos 916, 919 y 1698 del Código Civil y 720 del Código de Procedimiento Civil, se declara: no ha lugar á la demanda, con costas, interpuesta por don Juan de Dios Romero y Encarnación Romero, y se les reserva su derecho para que litiguen sobre la propiedad del mismo terreno á que se refiere la demanda.—*Felix A. Aguayo.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera intancia; y

Considerando:

1º Que de esa misma exposición aparece que al fundar su demanda, terminan los demandantes como sigue: "Muerto el señor Romero, nuestro antecesor, continuamos como sucesores en esa misma posesión, hasta que, ahora como siete años, don Benjamín Concha de su propia voluntad se ha apoderado del mismo terreno... No habiendo podido deducir en tiempo acción posesoria, entablamos demanda en contra de don Benjamín Concha sobre restitución del terreno mencionado y pago de los frutos que haya producido";

2º Que, como se ve por la transcripción anterior, la acción deducida por los demandantes es la ordinaria reivindicatoria ó de dominio que se otorga "al dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado á restituírsela", siendo de advertir que para acentuar más aún el carácter de esa acción, se agrega que se ocurre á ella por no haber podido deducir en tiempo la posesoria;

3º Que, no obstante lo expuesto, la sentencia de primera instancia se refiere exclusivamente á esta última, según aparece de sus considerandos, de las citas legales que le sirven de fundamento y de la circunstancia de reservar á los demandantes "su derecho para que litiguen sobre la propiedad del mismo terreno á que se refiere la demanda"; y

4º Que, en consecuencia, ese fallo no ha

comprendido el de la verdadera y única excepción que se ha hecho valer en juicio por los demandantes ó, en otros términos, no contiene la decisión del asunto controvertido.

En esta virtud y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 167, 193, número 6º, 941, número 5º, 949 y 959 del Código de Procedimiento Civil, se invalida la referida sentencia de 9 de julio de 1904, y se repone el proceso al estado de expedirse nueva sentencia y vuelvan los autos al Juez *á quo* á fin de que lo remita al Tribunal correspondiente.

Redactada por el señor Ministro Montero. —*M. Montero.* — *F. Urrutia.* — *José Agustín Barros M.*

Corte de Talca.—Cas. en la forma.— 29 de noviembre de 1906

Pincheira con San Martín

Casación en la forma. — Citación para sentencia. —Notificación por cédula ó por el estado. Pago de lo no debido.

DOCTRINA:—*La citación para sentencia notificada por el estado á una de las partes que había fijado domicilio en forma legal, es nula. y nula la sentencia dictada con omisión de ese trámite.*

Doña Filomena Pincheira viuda de Solar demandando á don Lorenzo San Martín dice que, según consta del documento, don Santiago Pincheira se comprometió á tomar la representación de don Lorenzo San Martín en un juicio sobre petición de herencia que siguió ante este Juzgado contra Pioquinto, Vicente y Juana M. Soto, obligándose San Martín á pagar á Pincheira por sus servicios, como remuneración, la tercera parte de la mitad de lo que obtuviese.

Pincheira cumplió por su parte, representando al demandado en el juicio antes citado, que fué sentenciado favorablemente para San Martín, el 6 de abril de 1899.

San Martín debía, entonces, haber pagado á don Santiago Pincheira los honorarios estipulados en la iguala, que ascienden á $ 2.034,84, por cuanto en la partición de los bienes de don Manuel José Soto le correspondió la suma de $ 12.209,1½; pero no lo hizo, y se ha negado á pagarlos á la demandante, á quien don Santiago Pincheira hizo cesión de sus derechos por la escritura, en la que intervino el mismo San Martín, dándose por notificado de la cesión.

En consecuencia, ateniéndose á la iguala y á la cesión San Martín, adeudaría á la demandante la antes expresada suma de $ 2.034,84; pero, sucede que el 11 de julio de 1899, tres meses después de fallado el juicio sobre petición de herencia, el demandado San Martín, reconocido á los importantes servicios que en esa causa le prestara don Santiago Pincheira, convino en pagarle por sus honorarios la suma alzada de $ 2.500.

Pincheira aceptó este convenio, aunque él y San Martín sabían que sus honorarios no alcanzaban á tanto.

Por eso se explica que don Santiago vendiese á la demandante doña Filomena Pincheira por $ 2.500 sus honorarios por la escritura de cesión y que San Martín haya concurrido al otorgamiento de esa escritura.

Por lo expuesto, demanda á don Lorenzo San Martín, para que se declare que, dentro de tercero día, debe pagarle la indicada suma de $ 2.500 que convino en dar á don Santiago Pincheira por el honorario relacionado en el documento y que le fué cedida á ella, con más los intereses corrientes á contar desde la fecha de la demanda.

En subsidio, solicita que se declare que San Martín debe pagarle la suma $ 2.034,84, que es la tercera parte de la mitad de lo que obtuvo en la partición de los bienes de don Manuel José Soto, honorario convenido en la iguala, con más los intereses corrientes.

Contestando, dice don Lorenzo San Martín, que sin entrar á discutir la historia relatada en la demanda, en la que se le atribuyen

declaraciones falsas, niega la demanda por cuanto el crédito que se le cobra está plenamente pagado, y con exceso.

Así, según recibo que ofrece acompañar, don Vicente pagó por cuenta de él á don Santiago Pincheira, por sus honorarios, $ 1,600 y tantos.

El, según el recibo que acompaña, pagó á Santiago Pincheira, el 3 de diciembre de 1900, la suma de $ 500, á cuenta de sus honorarios y, según el recibo pagó á doña Filomena Pincheira, por la misma causa, la cantidad de $ 400.

Ha pagado, pues, más de $ 2.500 por los honorarios de Pincheira, quedando, en consecuencia, extinguida la deuda.

Por ello pide que se niegue lugar á la demanda, con costas.

Replica doña Filomena Pincheira, diciendo que el crédito que cobra no está pagado, y que el deudor San Martín únicamente le ha abonado la cantidad de $ 400 del recibo suscrito por ella.

La demandante no ha autorizado á don Santiago Pincheira ni á nadie para recibir por ella el pago total de la deuda ó los abonos indicados por el demandado.

En consecuencia, aún en el caso de que San Martín hubiera pagado á Santiago Pincheira los $ 500 del recibo ó los $ 1.600 y tantos que dice, ella no reconoce esos pagos como abono á su crédito, pues habiendo aceptado el deudor San Martín la cesión de la escritura, como consta de la misma escritura, se colocó en situación de no poder hacer pago válido sino á ella ó á sus mandatarios facultados para recibir, como lo disponen los artículos 1905 y 1576 del Código Civil.

Nada agrega el demandado en su dúplica.

Se recibió la causa á prueba y se citó para sentencia, dictándose la siguiente, con fecha 21 de marzo de 1906, por el Juzgado de Linares:

Considerando:

1º Que por el documento privado reconocido en la confesión judicial el demandado don Lorenzo San Martín se obligó á pagar á don Santiago Pincheira la tercera parte de la mitad, ó sea la sexta parte, de lo que obtuviese por herencia de don Manuel José Soto, quedando Pincheira por su parte obligado á representarlo en el juicio sobre petición de esa herencia, que seguía contra don Pioquinto, doña Vicenta y doña Juana M. Soto;

2º Que el demandado San Martín, absolviendo las articulaciones 4ª, 5ª y 6ª de las posiciones confiesa que don Santiago Pincheira cumplió por su parte con las obligaciones que contrajo por el contrato, representándole en el juicio de partición de la herencia de don Manuel José Soto hasta obtener sentencia favorable á sus derechos;

3º Que de la hijuela compulsada resulta que el demandado San Martín recibió por herencia de don Manuel José Soto la suma de $ 12.209,1½;

4º Que de la escritura pública consta que don Santiago Pincheira cedió á la demandante doña Filomena Pincheira el crédito que tenía contra don Lorenzo San Martín por el contrato privado y que San Martín se dió por notificado de la cesión por la misma suma;

5º Que la demandante no ha probado que el demandado haya estipulado con don Santiago Pincheira el pago, por sus honorarios, de una suma alzada de $ 2 500; y

6º Que aunque el demandado sostiene que está enteramente pagado el crédito que se cobra, y aún cuando ha presentado varios recibos, en documento privado que llevan la firma de don Santiago Pincheira, y fecha posterior á la de la cesión, sólo queda comprobado, por el reconocimiento expreso de la demandante en su escrito de réplica que, á cuenta del crédito que se demanda ha pagado á doña Filomena Pincheira la suma de $ 400, de lo que da constancia el recibo.

Por lo expuesto y teniendo presente las disposiciones de los artículos 1700, 1702 y 1703 del Código Civil y 335, número 1º, y 151 del Código de Procedimiento Civil, se declara: que no ha lugar á la petición principal de la demanda y sí ha lugar á la petición subsidiaria y, en consecuencia, que don Lorenzo San Martín debe pagar á doña Filomena Pincheira, dentro de tercero día, la tercera parte de la mitad, ó sea la sexta parte de los $ 12.209,1½ que percibió como herencia de

don Manuel José Soto, con deducción de los $ 400 que ya ha pagado á la demandante, según el recibo, y los intereses legales de esa suma desde el día de la presentación de la demanda.

Habiendo tenido el demandado motivo plausible para litigar, se declara que cada parte pagará las costas que haya causado.

Se reservan al demandado los derechos que pueda tener para que los haga valer contra don Santiago Pincheira, como viere convenirle, por pago de lo no debido. -*F. de la Barra.*

Don Lorenzo San Martín anunció recurso de casación en la forma contra esta sentencia y, formalizándolo, lo funda en la causal contemplada en el número 6º del artículo 936 del Código de Procedimiento Civil, ó sea en la falta de citación para oir sentencia, y dice al efecto:

"Yo no he sido citado para sentencia y el fallo se ha producido con esta omisión.

"El artículo 51 del Código de Procedimiento Civil dispone que el decreto de citación para sentencia debe notificarse por medio de cédula que contenga la copia íntegra de la resolución.

"Según aparece de la solicitud en que contestaba la demanda, por el segundo otrosí señalé como mi domicilio para los efectos legales la casa del procurador del número señor José Domingo Sepúlveda, domiciliado en la Avenida del Brasil de esta ciudad.

"A pesar de esto, se me notificó por el estado el decreto de fecha 5 de octubre de 1905, con la misma fecha en que se expidió.

"Esta notificación por el estado que se me ha hecho del decreto de citación para sentencia es nula por estar en contravención á las disposiciones legales y, de consiguiente, equivale á que no haya sido notificado para oir sentencia.

Si yo hubiera sido notificado para oir sentencia, habría pedido se dejara sin efecto ese decreto por cuanto había puesto posiciones las demandante y había solicitado nueva citación, por cuanto en las posiciones opuestas se encerraba gran parte de mi defensa y de consiguiente, con motivo de haberse producido el fallo en esas condiciones que importan su nulidad he quedado sin defensa."

Concedido el recurso y elevados los autos, se mandaron traer en relación para pronunciarse acerca de él.

La Corte:

Considerando:

1º Que de la última diligencia aparece que efectivamente se notificó por el estado á don Lorenzo San Martín la citación para sentencia;

2º Que del otrosí de la contestación aparece asimismo que el demandado San Martín "señaló como domicilio para los efectos legales el de su apoderado don José Domingo Sepúlveda", Avenida del Brasil de la ciudad de Linares;

3º Que si bien, según se ve en el escrito, don José Domingo Sepúlveda renunció esa representación, renuncia que se puso en conocimiento del mandante,—tal hecho en nada afecta al señalamiento de domicilio en referencia, desde que lo primero no implica por necesidad modificación en ese domicilio;

4º Que así lo ha reconocido también la demandante, pues solicitando la notificación por cédula de ciertas diligencias, se expresa como sigue: "el señor Sepúlveda tenía en estos autos poder del demandado, pero lo renunció, según consta en el escrito. En consecuencia, aquellos dos decretos deben ser notificados á San Martín. Para este efecto y habiendo fijado el demandado como su domicilio la casa del señor Sepúlveda, situada en la Avenida Brasil, á US. suplico se practique la notificación de ellos por cedulón, á virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 151 del Código de Procedimiento"; y

5º Que, conforme á lo prevenido en el inciso 1º de este artículo, deben notificarse por cédula, entre otras cosas, la citación para sentencia definitiva, y conforme al artículo 56, la notificación por el estado se hace extensiva á las resoluciones enumeradas en aquél, sólo cuando las partes no hubiesen designado domicilio, lo que, como queda dicho, no ocurre en el presente caso.

En esta virtud y visto además lo dispuesto en los artículos 859 y 966, número 6º, del citado Código, se declara que ha lugar al re-

curso de casación en la forma interpuesto por don Lorenzo San Martín contra la sentencia definitiva de 21 de marzo último, se invalidan los efectos de dicha sentencia; y se repone la causa al estado de notificarse nuevamente á las partes, en forma legal, la citación para sentencia.

El juez *á quo* remitirá los autos para su conocimiento al Tribunal correspondiente.

Redactada por el señor Ministro Montero. —*M. Montero.—F. Urrutia.—José Agustín Barros M.*

Corte de Tacna.—19 de noviembre de 1906

The London Nitrate Company Ltd.
con Alvarez

Mina.—Salitrera.—Mina de yeso y mármol.- Manifestación.

DOCTRINA:—*El concesionario de pertenencia salitrera es dueño únicamente del caliche que ella contiene, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63, inciso 2º del Código de Minería y no puede aprovecharse de otras sustancias que haya dentro de su pertenencia.*

Constituída una pertenencia salitrera, no pueden registrarse ni constituírse dentro de sus terrenos pedimentos de yeso y mármol, porque, así como en el caso de una misma mina prima el derecho del primer denunciante, así también en este caso debe regir por analogía el principio de la prioridad de la manifestación.

Don Lewis J. Garrat, comerciante, de Pisagua, por don Jorge Buchanan, comerciante, domiciliado en Iquique, demandando, expone:

Me he impuesto por el diario *Las Noticias*, de Neigreros, que también acompaño, que don Juan Antonio Alvarez Rojas ha solicitado nueve pertenencias mineras de 50 hectáreas cada una, sobre supuestos yacimientos de mármol, situados en la segunda subdelegación de Santa Catalina.

Los límites expresados en las tres manifestaciones, de tres pertenencias cada una, son los siguientes: por el norte y este, intereses de la oficina "Putunchara"; por el sur, camino que conduce á la oficina "Tres Marías" y pampas salitrales; y por el oeste, terrenos salitrales, dando vista á la oficina "Rosario de Negreiros".

Por la ubicación que se da á estas manifestaciones y por las informaciones que privadamente he recibido, los terrenos en referencia van á ser ubicados dentro del radio de la oficina "Puntuchara".

Prescindiendo de la forma incorrecta en que se han hecho las manifestaciones, solicitándose como yacimientos lo que debe solicitarse en forma de mina metálica; y prescindiendo también del fin que persigue el solicitante, muy lejos, por cierto, de explotar yacimientos ó depósitos de mármol, sino el de obtener un lugar para establecer algún negocio con cantina que atraiga á la gente trabajadora; prescindiendo de todo esto, vengo en oponerme á las manifestaciones hechas por don Juan Antonio Alvarez Rojas, porque ellas serán ubicadas, como lo dejo dicho, dentro de la oficina "Puntunchara".

En consecuencia, pide se declare que no deben constituírse las minas de mármol de que se trata dentro de los terrenos de la oficina "Puntunchara", debiendo quedar sin efecto el registro que de las referidas minas se ha hecho.

Ampliando la demanda, dice:

En el diario *Las Noticias*, de fecha 20 del presente, que se publica en Negreiros, cuyo ejemplar acompaño, aparecen publicados cuatro pedimentos mineros de sustancias desconocidas y en cada uno de los cuales se piden tres pertenencias de 25 hectáreas cada una.

Estos pedimentos son hechos por don Juan Antonio Alvarez Rojas, y en ellos aparece cediendo parte de sus derechos á don Avelino Alvarez Gallardo y á don Fortunato Contador Castro.

Como las pertenencias pedidas en las manifestaciones hechas por el señor Alvarez Rojas están comprendidas dentro de los límites de la oficina "Puntunchara", y haciendo uso de las facultades que me otorga el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, vengo en ampliar la demanda entablada con fecha 20 del presente, á fin de hacerla extensiva también contra los señores Avelino Alvarez Gallardo y Fortunato Contador Castro por los pedimentos á que se refiere la publicación acompañada y contra don Juan Antonio Alvarez Rojas por la parte que le corresponde en estos nuevos pedimentos.

Más adelante manifestó Carrat que la demanda la entablaba á nombre de The London Nitrate Company Limited, domiciliada en Londres y representada en Chile por Jorge Buchanan por ser dicha Compañía la dueño de la oficina "Puntunchara".

Don Julio Hevia Labbé, abogado, contestando la demanda y reconviniendo á nombre de don Juan Antonio Alvarez Rojas, de don Avelino Gallardo y de don Fortunato Contador Castro, expone:

En primer lugar, quiero dejar establecido que los pedimentos á que se refiere esta demanda están perfectamente bien hechos, porque el mármol no está comprendido en la disposición del inciso 1º del artículo 73 del Código de Minería, sino en las del inciso 2º del mismo artículo; por lo que hace á las sustancias desconocidas á que se refiere la ampliación de la demanda, que ha resultado ser yeso, no tengo para qué decir que su manifestación está igualmente bien hecha.

En segundo lugar, hago presente al juzgado que el fin que persiguen mis mandantes no es el que supone la Compañía demandante de una manera maliciosa, sino el de establecer una industria perfectamente lícita.

Con el fin de llevar al ánimo de US. el conocimiento de lo que dejo dicho en los dos acápites anteriores, acompaño á la presente contestación dos telegramas y dos certificados, con los cuales queda establecido también que la original demanda que contesto ha parado perjuicios graves á mis mandantes, perjuicios que deben resarcírseles.

Por lo que hace á la pretensión de que no deben constituírse las pertenencias á que me refiero por encontrarse dentro de la oficina "Puntunchara" de propiedad de la Compañía demandante, sostengo que no hay razón legal alguna en qué basar esa pretensión.

Todo el mundo sabe que la industria minera ha gozado de preferente atención de nuestros legisladores, al punto que nuestro Código de Minería hace fácil su establecimiento y en ninguna de sus disposiciones encuentra apoyo la pretensión de la Compañía demandante, la cual, en consecuencia, debe resarcir todos los perjuicios que su demanda ha ocasionado y por los cuales la reconvengo.

En consecuencia, pido se deseche la demanda, con costas, daños y perjuicios.

En la réplica y dúplica se refuerzan los argumentos que cada parte ha hecho valer y pide la demandante que se deseche la reconvención, por carecer de base legal.

Posteriormente, demandante y demandado pidieron se citase para sentencia sin más trámite, por estar ambos de acuerdo en que las pertenencias materia del juicio, están dentro de la oficina "Puntunchara", de propiedad de la Sociedad demandante, y ser esos los únicos puntos de hecho sobre los cuales podía versar la prueba.

De consentimiento de los interesados, se accedió á esa petición y el Juzgado de Pisagua, con fecha 19 de abril de 1906, resolvió:

Considerando:

1º Que las partes están de acuerdo en que las pertenencias mineras que los demandados pretenden constituir y á que se refieren los avisos publicados en los diarios acompañados á la demanda y su ampliación, están ubicados dentro de la oficina salitrera "Puntunchara" de propiedad de la Compañía demandante;

2º Que las sustancias minerales de cualquiera especie que se encuentren en terrenos eriales del Estado y de las Municipalidades son de libre adquisición por los particulares, según el artículo 2º, inciso 3º, del Código de Minería;

3º Que el dueño de una oficina salitrera lo es solamente del nitrato que en ella se encuentre, según el inciso 2º del artículo 63 del ci-

tado Código, y no puede, por tanto, oponerse á que se registren las manifestaciones de otras substancias minerales que seencuentren en los terrenos que formen la oficina, ya que por lo demás, dichos terrenos pertenecen al Estado;

4º Que, según los antecedentes, las substancias denunciadas por los demandados son de las á que se refiere el segundo considerando; y

5º Que el solo hecho de oponerse á la constitución de una propiedad minera, no es causal suficiente para reconvenir cobrando perjuicios.

Por estas consideraciones y visto lo dispuesto en en el artículo 1698 del Código Civil, se declaran sin lugar la demanda y la reconvención.—*Ismael Poblete.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: Reproduciendo la parte expositiva y los considerandos primero y quinto de la sentencia apelada de 19 de abril último, y

Teniendo presente:

1º Que, habiéndose reconocido por los demandados don José Antonio Alvarez y compartes que la salitrera "Puntunchara" fué adquirida como propiedad minera, se ha reconocido por el mismo hecho que la Sociedad demandante obtuvo esa concesión bajo el imperio de las Ordenanzas de Nueva España, que regían las minas en Tarapacá; puesto que desde la dominación chilena no se ha otorgado como pertenencia minera ninguna salitrera en esa provincia;

2º Que es verdad que, según esas Ordenanzas, los mineros eran dueños no sólo del trecho de veta que principalmente habían denunciado, sino también de todos los que en cualquiera forma, figura y situación se hallaren dentro de sus pertenencias (art. 17 del tít. 8º), no obstante, como respecto del goce, cargas y extinción de todo derecho real prevalecen las disposiciones de la ley posterior (art. 12 de la Ley de Efectos Retroactivos); y como según el artículo 63, inciso 2º del Código de Minería vigente, el concesionario de las substancias indicadas en los incisos 2º y demás del artículo 2º, sólo es dueño de las que denunció; el concesionario de pertenencia salitrera, en consecuencia, únicamente es dueño del caliche que ella contiene;

3º Que el actual Código de Minas considera como de la misma clase las minas de sustancias minerales no metálicas, y por esos les aplica iguales disposiciones en cuanto á la extensión en que pueden pedirse y á los derechos y limitaciones que respecto de las substancias en ellas contenidas concede é impone á los dueños, según se ve en el artículo 37 y 63, inciso 2º, de dicho Código;

4º Que poco importa para el presente caso que por el artículo 2º se reserve el Estado la explotación del nitrato y sales amoniacales análogas que se encuentren en terrenos del mismo Estado ó de las Municipalidades, ya que cuando se pueda y quiera constituir propiedad minera, se hará ello en la extensión y con los derechos y limitaciones antes indicados;

5º Que denunciada una mina de cualquiera de las substancia sindicadas en el tercer considerando, por ejemplo azufre, el denuncio posterior dentro de ella, de otra sustancia análoga significaría una privación de los derechos del primer denunciante, que podrá llegar hasta el total de su propiedad minera, puesto que como se ha dicho, para todas las pertenencias no metálicas el artículo 37 del Código de Minas concede igual extensión;

6º Que no se ve razón legal para que, tratándose de substancias análogas, diera la ley preferencia al segundo denunciante;

7º Que, al contrario, así como respecto de una misma mina prima el derecho del primer denunciante, en el conflicto resultante del caso á que los dos anteriores considerandos se refieren, debe también regir por analogía el principio de la prioridad de la manifestación;

8º Que ese principio debe también aplicarse al caso de que trata este juicio.

El actual Código de Minas, según se ha manifestado, considera las minas de salitre, cuando permite constituirlas, de igual clase que las demás substancias minerales no metálicas. The London Nitrate Company Limited tiene constituída propiedad y, por consiguien-

:, no es admisible que se la prive de una arte considerable de ella, solicitando subs- ıncias análogas;

9º Que si bien de la limitación establece el ıciso 2º del artículo 63 del Código de Mine- a se desprende que The London Nitrate ompany es dueño únicamente del salitre y ue no podía aprovecharse de otras substan- ias que haya dentro de su pertenencia, de ingún modo por las razones que se han ex- uesto puede aducirse esa disposición para rivar á esa Compañía de su legítimo dere- ho.

Por tales consideraciones y disposiciones gales citadas, se revoca, en la parte apelada or el demandante, la sentencia indica la al rincipio y se declara: que ha lugar á la de- ıanda y ampliación.

Se confirma dicha sentencia en cuanto dese- ha la reconvención deducida.

Acordada por unanimidad, previniéndose ue el señor Ministro Cisternas Peña da lugar la demanda y á su ampliación por las razo- ıes que consigna en el libro respectivo.

Redactada por el señor Ministro Quirell.— *. Roberto Vega.—E. Cisternas Peña.—M. A. Quirell.*

VOTO ESPECIAL

En el juicio seguido por The London Nitra- :e Company Limited con don Juan Antonio Alvarez sobre oposición á constitución de ertenencias mineras, el infrascrito, de acuer- lo con la mayoría del Tribunal en revocar la sentencia apelada, y en que se declare que ha lugar á la demanda y su ampliación, no acep- ta los fundamentos de la sentencia de segun- da instancia y tiene presente en su lugar l s siguientes:

1º Que las manifestaciones de yacimientos de mármol y de yeso, cuya ineficacia legal se pide en la demanda y su ampliación, fueron hechas por don Juan Antonio Alvarez Rojas en el ejercicio del derecho que confiere el inciso 3º del artículo 2º del Código de Minería, que dice así: "Las substancias minerales de cual- quiera especie que se encuentren en terrenos eriales del Estado ó de las municipalidades serán también de libre adquisición por los particulares";

2º Que el manifestante Alvarez Rojas y sus asociados, que son los demandados en este juicio, reconocen que los yacimientos de mármol y yeso se encuentran en el salitral "Puntunchara" de propiedad de The London Nitrate Company; pero hacen valer en favor del derecho que han ejercitado el antecedente jurídico de que el salitral fué adquirido como propiedad minera y que como tal propiedad minera sus concesionarios sólo tienen derecho al salitre que hay en la pertenencia, en conformidad á lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 63 del mismo Código, que dice como sigue: "El concesionario de las substancias minerales á que se refiere elinciso 2º y demás del artículo 2º solamente es dueño de las substancias que manifestó y registró";

3º Que de estos antecedentes se desprende que la controversia versa únicamente sobre cuál es el verdadero dueño versa del terreno erial en que están ubicados los yacimientos denunciados, si el Estado ó la Compañía demandante; ya que si estos terrenos son de propiedad particular, no pueden hacerse en ellos manifestaciones de las substancias á que se refiere el inciso 3º del artículo 2º antes citado, porque esta disposición limita el derecho de hacerlas sólo á los terrenos eriales del Estado ó de las Municipalidades;

4º Que, reconociéndose por los demandados que el salitral "Puntunchara" fué adquirido como propiedad minera y no habiéndose otorgado en Tarapacá como mina ninguna salitrera con posterioridad á la ocupación chilena en esa provincia, necesariamente está también reconocido que tal concesión se hizo bajo el imperio de la legislación peruana que rigió antes de dicha ocupación;

5º Que no cabe discusión de que las mercedes de salitre se hacían en Tarapacá lo mismo que las de otras minas, porque el artículo 22 del título 5º de la Ordenanza de Nueva España, que era el que regía sobre la materia, no establecía distinción alguna, expresándose así: "Asimismo concedo que se puedan descubrir, solicitar, rejistrar y denunciar en la forma referida no sólo las minas de oro, plata, cobre, plomo, estaño, azogue, antimonio, piedra calaminar, bismuto, sal gema y cualesquiera otros fósiles, ya sean metales perfectos ó me-

dio minerales, bitúmenes ó jugos de la tierra, etc.";

6º Que adquirido entonces como propiedad minera el salitral "Puntunchara", según lo reconocen los demandados, y habiéndose efectuado esta adquisición bajo el imperio de una ley antigua, el derecho real subsiste bajo el imperio de la nueva, sin perjuicio de lo que ésta disponga sobre sus goces y cargas y en lo tocante á su extinción. En consecuencia, el expresado salitral se constituyó como mina y continúa siendo mina, menos en cuanto á sus goces y cargas que han sido modificados, como se demostrará más adelante;

7º Que todavía el inciso 2º del artículo 63 del Código de Minería, que los demandados invocan, no tiene aplicación al salitre, porque esa disposición se encuentra en el Código de 20 de diciembre de 1888, que es el vigente, y este Código niega expresamente á los particulares el derecho de hacer manifestaciones de salitre. Era el Código anterior el que permitía denunciar el salitre y no bajo la denominación genérica de fósiles, sino bajo la de sustancias aplicables á la agricultura, como lo dice el artículo 3º que es el que sirve de fundamento al decreto supremo de 28 de julio de 1877, que reglamentó la explotación de los depósitos de salitres;

8º Que bajo el imperio de este Código, el minero que había obtenido una concesión de salitre, tenía los mismos derechos que los demás, pues el artículo 104 no hacía distinción y decía: "el minero es dueño exclusivo dentro de los límites de su pertenencia y en toda la profundidad, no sólo de la veta ó *criadero* registrado, sino de todas las otras vetas, cruceros ó *susbtancias* minerales que existieren ó se encontraren en ella";

9º Que, en consecuencia, puede dejarse establecido que bajo el imperio de las antiguas leyes, el salitrero, lo mismo que el minero, se hacía dueño exclusivo dentro de su pertenencia de todas las substancias que encontrase en ella, no pudiendo ninguna otra persona disputarle este derecho mientras la mina ó salitrera estuviera legalmente amparada;

10. Que, entrando á la cuestión debatida en este juicio, ó sea quién es el verdadero dueño del terreno de "Puntunchara", debe tenerse presente que tanto las antiguas leyes de minas como las vigentes, han establecido el principio de que las minas forman un inmueble distinto del terreno superficialmente considerado. Por consiguiente, ajustándose á este principio, el terreno del salitral "Puntunchara" ha sido y continúa siendo de propiedad del Estado;

11. Que esta dualidad del dominio ha sido modificada, en lo referente á los dueños de salitreras, por el mismo legislador, que reconoce expresamente que el salitrero, cualquiera que sea su título de adquisición, ya lo sea por denuncio, ya por remate en pública almoneda, es dueño no sólo del salitre, sino del suelo superficial en que la substancia se encuentra;

12. Que la comprobación de este aserto se encuentra en el artículo 36 de la Ley de Organización y Atribuciones de las Municipalidades que dice: "para los efectos del impuesto, los haberes inmuebles comprenderán todos los terrenos, los edificios y objetos que la ley considera adheridos á ellos, la propiedad carbonífera y salitrera";

13. Que, refiriéndose el impuesto de que trata el artículo anteriormente citado al capital y no á la renta, grava el terreno y reconoce implícitamente la ley como dueño del terreno al salitrero que lo explota y á él le impone el gravamen. Por este medio la ley asimila el salitrero al dueño de una mina de carbón, que es también el dueño del suelo, sin perjuicio de la transferencia que quiere hacer de su mina;

14. Que el propósito del legislador se pone más de manifiesto si se recuerda que otras substancias análogas al salitre en su formación y beneficio, como el borato de cal, el azufre, las sales potásicas y otras, no están sujetas á la contribución de haberes, sino al pago de la patente minera, lo mismo que las minas metálicas;

15. Que del anterior considerando se desprende otra conclusión no menos importante y es la de que, siendo condicional la propiedad minera, porque está subordinada á la condición de pagarse por el concesionario con regularidad la patente establecida por la ley, no existiendo esta contribución para la pro-

piedad salitrera y carbonífera, es claro que rige para una y otra propiedad la garantía general establecida en el número 5º del artículo 10 de la Constitución. Esta situación jurídica armoniza perfectamente con la propiedad carbonífera, que en rigor es una accesión del suelo, y al asimilar el legislador á la carbonífera la propiedad salitrera es porque ha querido que una y otra tengan la misma situación legal, esto es que el dueño del yaciniento salitrero sea dueño también del suelo;

16. Que contribuyen á robustecer esta inteligencia otras disposiciones de la misma ley de Municipalidades. Así el artículo 38 dice que quedan exceptuadas del impuesto de haberes las propiedades del Estado, con lo cual dicho está que todas aquellas salitreras, demarcadas ó nó, que no hayan sido cedidas á particulares, no están gravadas con el impuesto. Robustece también esta inteligencia el inciso 2º del artículo 52;

17. Que, constituyendo las salitreras la fuente principal de las entradas de la Nación y las Municipalidades en que ellas están situadas, ha querido la ley poner á sus dueños á cubierto de cualquier ataque contra su propiedad y, si les ha impuesto nuevas cargas, les ha dado también nuevos goces confiriéndoles el dominio del suelo. Por eso, sin oposición ni reclamo de nadie, todo título de salitreras se inscribe en los Registros de Bienes Raíces y de Minas del departamento en que estuvieren situadas;

18. Que, si se aceptaran como legalmente eficaces las manifestaciones de mármol y yeso que son objeto del presente juicio, resultaría el salitral "Puntunchara" tan menoscabado que en realidad casi no merecería la pena de explotarlo, porque sólo las manifestaciones que constan de autos abarcan una extensión de 225 hectáreas y las sustancias pedidas no se presentan en vetas sino en mantos, de suerte que para extraerlas hay que remover todo el suelo. De esta manera no sólo se priva de su propiedad al que la tiene con legítimo título, sino á la Nación y á la Municipalidad respectiva de una parte importante de sus rentas;

19. Que, en conclusión, la ley ha dado al salitrero no sólo la propiedad del salitre, sino la del suelo en que se encuentra, y, por consiguiente, no se puede hacer en estos terrenos manifestaciones ó denuncios de las substancias á que se refiere el inciso 3º del artículo 2º del Código de Minería, porque esta disposición sólo autoriza hacer esas manifestaciones ó denuncios en terrenos eriales del Estado de las Municipalidades.

Tacna, 19 de noviembre de 1906.—*E. Cisternas Peña.*

Corte de Concepción—1º de diciembre de 1906

Burmeister y otros con Labarca v. de C.

Acción mueble.—Competencia.—Domicilio.—Jurisdicción, declinatoria.

DOCTRINA: *Es competente para conocer de una demanda por cobro de servicios médicos el juez del lugar en que el deudor tuvo su domicilio cuando le prestaron esos servicios; porque, tratándose de una acción mueble, es competente el juez del lugar donde debe cumplirse la obligación y ésta debe cumplirse, á falta de lugar designado en la convención, en el domicilio del deudor y si éste se hubiere mudado después de contraída la obligación, será siempre juez competente el del lugar en que sin esa mudanza correspondería.*

En juicio seguido por don Ricardo Burmeister y otros contra doña Ascensión Labarca v. de C. la demandada declinó de jurisdicción.

El Juzgado de Concepción, con fecha 20 de septiembre de 1906 resolvió:

Vistos: y teniendo presente con respecto á la incidencia sobre declinatoria de jurisdicción:

1º Que la demanda deducida tiene por objeto el cobro de una suma de dinero por servicios profesionales prestados en esta ciudad, en la última enfermedad del Iltmo. señor Obispo don Plácido Labarca, por los demandantes médicos don Ricardo Burmeister, don Moisés Cruz y don Miguel A. Campos; y por lo tanto se trata del ejercicio de una acción mueble con arreglo á lo dispuesto en el artículo 580 del Código Civil;

2º Que es juez competente para conocer de un juicio en que se ejercita una acción mueble, el del lugar donde debe cumplirse la obligación, según lo establecido por los artículos 1587, 1588 y 1589 del Código antes citado;

3º Que con arreglo á estas disposiciones, el pago debe hacerse en el lugar designado para la convención, y si no se hubiere designado, en el domicilio del deudor; pero si el domicilio del deudor se hubiere mudado después de contraída la obligación, será siempre juez competente el del lugar en que sin esa mudanza correspondería; y constando que los servicios profesionales á que se alude en la demanda fueron prestados en esta ciudad, domicilio que fué del Iltmo. señor Obispo, el ejercicio de la acción correspondiente para obtener el pago cae bajo la disposición del artículo 1589 ya citado.

Por estas consideraciones se declara que se desecha, con costas, la incidencia de declinatoria de jurisdicción y que en consecuencia, este juzgado es competente para conocer del presente juicio.—*David Costa Pruneda.*

Apelada esta resolución.

La Corte:

Se confirma, con costas del recurso, la resolución apelada de 20 de septiembre último. — *Exequiel Figueroa Lagos.—E. Fuentes R.— Ramón Navarro O.*

— —

Corte de Santiago.—3 de diciembre de 1905

Monasterio del Buen Pastor con Sanfuentes

Censo. — Hipoteca. — Réditos. — Acción real indivisible.

DOCTRINA: *Gravada una propiedad con un censo y constituída hipoteca sobre ella en garantía, si esta propiedad se divide después, puede el censualista cobrar el total de los réditos debidos al dueño de una parte de la finca, porque la acción que ejercita es real é indivisible y puede ser dirigida contra aquel que posee en todo ó parte la cosa acensuada, sin perjuicio de su derecho para repetir contra quien viere convenirle.*

———

Don Emilio Espinosa Pérez, en representación de la comunidad religiosa Monasterio del Buen Pastor, solicitó se reconstruyera el expediente formado con motivo de la demanda que el Monasterio que representaba dedujo contra don Vicente Sanfuentes, por haberse extraviado dicho expediente.

Expresa que reitera la demanda ya formulada tal como aparece en la copia que representa y pide que en definitiva se declare que el demandado don Vicente Sanfuentes debe pagar al Monasterio del Buen Pastor los réditos devengados desde el 9 de septiembre de 1874 hasta el completo pago y las costas de la causa.

Por decreto del juzgado se ordenó tener por deducida la demanda y se confirió traslado al demandado.

En el escrito de demanda, don Pedro Fernández Concha, en su calidad de síndico de la Congregación del Buen Pastor, expone: que doña Manuela Portales de Morán en la cláusula séptima de su testamento, otorgado en esta ciudad ante el notario señor Yaneti, con fecha 15 de enero de 1865, legó á su sobrino don Juan Santiago Portales su casa-quinta que poseía en el barrio de Yungay, compuesta de dos manzanas de terreno; y para cuyo

:vento legó la misma quinta al Monasterio ;ue representa.

Que siendo muy dudosa, aunque no impo-ible, la realización de ese evento, dicho Mo-iasterio y el señor Portales celebraron un :onvenio por el cual éste constituye á favor le aquél un censo del capital de tres mil pesos il cuatro por ciento anual, el que situó sobre a misma finca legada y á que se ha hecho re-erencia, constituyendo sobre ella hipoteca :onforme á la ley, según se expresa en la es-:ritura pública que acompaña en copia, la :ual fué inscrita en el Conservador de Bienes Raíces.

Que el actual poseedor de la casa-quinta á ;ue ha aludido es el demandado don Vicente Sanfuentes, quien vive en ella; y como ni él ni el señor Portales han pagado ninguna de las pensiones devengadas, las que se encuentran insolutas desde el 9 de septiembre en que venció la primera hasta la devengada en el día y mes expresado del año 1902, ó sean veintiocho pensiones anuales, viene en pedir se declare como lo ha solicitado anteriormente, ello en mérito de lo dispuesto en el artículo 2033 del Código Civil.

Don Samuel Tirado Aldunate, contestando la demanda, en representación del demandado, pide que en definitiva sea ella desechada con costas y expone: que la propiedad gravada con el censo á que se refiere la escritura ha sido dividida en un sinnúmero de partes que pertenecen á distintos dueños, de tal manera que si existiera responsabilidad por parte de su representado para pagar los réditos, ella en ningún caso le afectaría en la totalidad como se solicita en la demanda, por lo cual deben ser oídos en el presente juicio y, en consecuencia, afectarles la resolución que se dicte á las personas que han gozado de la finca gravada con el censo y que han usufructuado sus réditos, y que lo son: don Juan Santiago Portales, don Vicente Sanfuentes, padre de su representado, la sucesión del señor Sanfuentes y los distintos herederos de dicho señor desde que se liquidó la sucesión.

Que como no puede insistirse por el demandante en que su representante pague la totalidad del censo, y siendo él dueño de una ínfima parte de la finca gravada con dicho censo opone á la acción deducida la prescripción de treinta años á que se refiere el artículo 2042 del Código Civil, por cuanto han trascurrido treinta y un años desde la fundación del censo hasta el día en que le notificó la demanda.

En la réplica el demandante sostiene lo expuesto y pedido en la demanda y solicita se rechace la prescripción alegada de contrario, y entre otras alegaciones, expresa: que su parte no ejercita la acción personal sino la real declarada en los artículos 2033 á 2035 del Código Civil.

Que llama la atención á que el 18 de junio de 1903, fecha en que fué deducida la primera demanda, no habían trascurrido treinta años desde la fundación del censo; ni habían trascurrido tampoco treinta años desde que se hizo exigible el primer rédito de dicho censo hasta el 30 de julio de 1904, en que se reiteró la demanda en el segundo otrosí del escrito.

Que el artículo 2514 del Código Civil prescribe que el tiempo para extinguir las acciones ha de contarse desde que la obligación se haya hecho exigible, y como la primera pensión del censo se devengó en 9 de septiembre de 1874, ya que deben pagarse por años vencidos, el tiempo, en el caso en cuestión, debe contarse desde ese día.

Que, por otra parte, la prescripción extintiva se interrumpe por la demanda judicial, como lo expresa el artículo 2519 del Código Civil.

En la dúplica el representante del demandado sostiene lo expuesto y pedido en su escrito de contestación y refuerza sus alegaciones.

Oído el señor Defensor de Obras Pías, se citó para sentencia, pronunciándose la siguiente por uno de los juzgados de Santiago, con fecha 7 de junio de 1906:

Considerando:

1.º Que el demandado no desconoce que sobre la propiedad á que alude el representante del Monasterio demandante en su escrito de demanda, gravita un censo de $ 3.000 al 4% anual en favor de dicho Monasterio, constituído en debida forma é inscrito en el Conservador respectivo, lo cual se establece

también con el mérito de los documentos corrientes;

2º Que el demandado en su escrito de contestación á la demanda reconoce que es dueño de una parte de la propiedad gravada con la obligación censuaria inscrita de $ 3.000 á que se alude en el considerando anterior;

3º Que, dada la naturaleza de la obligación que pesa sobre el demandado en su carácter de dueño de una parte de la finca, afecta el pago del censo cuyos réditos cobra el Monasterio demandante, la alegación de aquél encaminada á que se declare que en ningún caso le afecta el pago total de la suma cobrada en la demanda por poseer sólo últimamente y en parte dicha finca, carece de mérito legal, desde el momento que el Monasterio demandante persigue el cumplimiento de una obligación real y ejercita una acción que es indivisible y que puede, en consecuencia, ser dirigida contra aquel que posea en todo ó parte la cosa acensuada;

4º Que dado el mérito del certificado corriente el Monasterio demandante dedujo la presente demanda con fecha 16 de junio de 1903, la que estándose al mérito de dicho certificado, ha debido ser notificada al demandado muy poco después, desde el momento que la causa se encontraba en prueba á la fecha en que desaparecieron los autos de secretaría, lo que ocurrió el mismo año;

5º Que el censo cuyas pensiones insolutas se cobran en el presente juicio fué fundado con fecha 9 de septiembre de 1873, no habiendo, en consecuencia trascurrido treinta años desde su fundación, hasta la fecha en que el demandado fué notificado del contenido del escrito de demanda á que se refiere el certificado corriente;

6º Que, por otra parte, las pensiones insolutas cobradas sólo han sido exigibles desde el 9 de septiembre de 1874, y no habiendo trascurrido treinta años desde la fecha expresada hasta el momento en que se dedujo la demanda que se formula en el escrito carece de base legal la prescripción alegada, por cuanto el lapso de tiempo para extinguir las acciones y derechos ajenos se cuenta desde el momento que la obligación se haya hecho exigible.

De conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores y lo dispuesto en los artículos 1526, 1698, 2032, 2408, 2514, 2518 del Código Civil y 151 del de Procedimiento Civil, se declara: que no ha lugar á la excepción de prescripción alegada por el demandado, y que ha lugar á la demanda, sin costas, las que serán pagadas por las partes en la cuota ó proporción que cada uno las haya causado, sin perjuicio de la reserva de derechos que se hace al demandado para que los haga valer en la forma y contra quien viere convenirle.—*Gabriel Rencoret.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: se confirma, con costas del recurso, la sentencia apelada de 7 de junio último.—*E. Castillo.—Luis Barriga.—R. Reyes Solar.*

Corte de Santiago.— 5 de diciembre de 1904.

Halle con Sociedad Agrícola de Cochamó

Competencia; cuestión de.— Inhibitoria

DOCTRINA:—*Trabada una cuestión de competencia por inhibitoria entre tribunales de igual jerarquía que dependen de superiores diversos, sólo es competente para resolver dicha cuestión el superior del tribunal requerido.*

Presenta la demanda por don Jorge Hale ante el juez de Llanquihue contra la Sociedad Agrícola de Cochamó y habiendo obtenido ésta del juez de Santiago que se declarara competente y sosteniendo ambos jueces su competencia, quedó trabada la cuestión. Elevados los antecedentes á

La Corte:

de Apelaciones de Santiago ésta resolvió:

Vistos: teniendo presente:

1º Que la demanda interpuesta por don Jorge Halle se ha iniciado ante el juez letrado de Llanquihue, cuya competencia ha sido sostenida por el nombrado Halle, no sólo con el hecho de haber interpuesto ante él su demanda, sino también expresamente en el escrito de responde;

2º Que la Sociedad Agrícola de Cochamó, en la presentación inserta en el oficio solicitó del primer Juzgado civil de esta capital que, declarándose competente para conocer en la demanda de Halle, requiriese al juez letrado de Puerto Montt para que se inhibiera del conocimiento del negocio y le remitiese los autos respectivos;

3º Que, si el juez requirente insistiera en la inhibición, á pesar de haberse negado el juez requerido, deberá aquel enviar los autos al Tribunal superior del segundo, á quien corresponde resolver la competencia;

4º Que en el presente caso no puede haber prórroga de jurisdicción para que esta Corte conozca de la cuestión pendiente, puesto que es la competencia del inferior la que fija la del tribunal superior; y precisamente ahora se trata de establecer á qué Juzgado corresponde el conocimiento de la demanda; y

5º Que la ley, con el fin de obviar la dificultad que nace de la circunstancia de discutirse la competencia de dos Juzgados que dependen de diverso superior, ha establecido que dirima la contienda el superior del segundo, el cual en este caso es el del Juzgado del departamento de Llanquihue.

Visto lo dispuesto en el artículo 111 del Código de Procedimiento Civil y 194 de la ley de 15 de octubre de 1875, se declara que no corresponde á esta Corte conocer de la contienda de competencia promovida por el juez del primer Juzgado de Letras de esta capital en el oficio del cuaderno principal.

Devuélvanse los autos al juez respectivo para que los haga elevar al tribunal de alzada que corresponda y trascríbase esta resolución al juez letrado de Llanquihue.—*Elías de la Cruz.—J. C. Herrera.—Horacio Pinto Agüero.*

Corte de Santiago.—11 de diciembre de 1906

Banco Caupolicán con Sucesión Ugalde

Título ejecutivo.—Plazo.—Obigación exijible

DOCTRINA: —*Debe denegarse la ejecución si el título presentado tiene más de diez años contados desde que la obligación se hizo exigible.*

La circunstancia de que aparezcan en el título abonos hechos á la deuda, que no aparecen aceptados por el deudor, no es antecedente para establecer que desde la fecha del último de esos abonos debe contarse el plazo de diez años á que se refiere el artículo 463 del Código de Procedimiento Civil. Este plazo debe contarse desde que se cumplió el término fijado en el mismo título, esto es, desde que la obligación se hizo exigible.

El Banco de Caupolicán interpuso juicio ejecutivo ante el Juzgado de Rengo contra la sucesión de don Nicanor Ugalde y pidió mandamiento de ejecución. El juzgado, con fecha 27 de octubre de 1904 proveyó:

En lo principal y otrosí, hágase como se solicita.—*L. Valdivieso.*

Apelada esta resolución.

La Corte:

Vistos: teniendo presente:

1º Que el Juez de primera instancia debe

examinar el título con que se apareja la demanda ejecutiva;

2º Que se denegará la ejecución si el título presentado tuviese más de diez años, contados desde la fecha en que se hiciere exigible la obligación;

3º Que el título con que se ha despachado el mandamiento, á la época en que éste fué solicitado, habían corrido más de diez años desde el 25 de marzo de 1890, fecha en que se hizo exigible para su cobro;

4º Que la circunstancia de que aparezcan en el título abonos hechos á la deuda, que además no aparecen aceptados por el deudor, no es antecedente para establecer que desde la fecha del último de esos abonos debe contarse el plazo de diez años á que se refiere el artículo 463 del Código de Procedimiento Civil, sino desde la fecha en que se cumplieron los seis meses de plazo fijados en el referi documento.

5º Que debe denegarse la ejecución á t título que tuviese más de diez años contad desde que la obligación se hizo exigible;

6º Que revocado el mandamiento de e bargo, quedan sin efecto de propia natur za las demás actuaciones del juicio.

Visto lo dispuesto en el artículo 462 d Código de Procedimiento Civil, se revoca resolución apelada de 27 de octubre de 19 y se declara que no ha lugar á despacha mandamiento solicitado, y se supenden efectos de todo lo obrado con posteriori á la fecha en que se pronunció la referida resolución.

Redacción por el señor Ministro de la Cr *J. Ignacio Larraín Z.—Elías de la Cruz.—J. C. Herrera.—Horacio Pinto Agüero.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Santiago.—5 de diciembre de 1906

Stuven con Besa

Reconvención.— Plazo. — Réplica.—Rebeldía

DOCTRINA:—*El término para contestar la reconvención es de quince días.*

Don Enrique Stuven demandó á don Luis E. Besa ante uno de los Juzgados de Santiago. Contestando la demanda el señor Besa, reconvino. El juez dió traslado al demandante de la contestación y reconvención. Trascurridos más de seis días y menos de quince desde la notificación de ese traslado, el señor Besa se presentó pidiendo que se diera por evacuado el trámite de contestación á la reconvención en rebeldía del demandante, por estar vencido el término legal. Accedió el Juzgado á esta solicitud con fecha 16 de agosto de 1906.

El demandante Stuven pidió al Juzgado la reconsideración de este proveído, recayendo sobre esta solicitud, con fecha 10 de septiembre de 1906, la siguiente resolución:

Considerando:

1º Que según el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, la reconvención debe deducirse en el escrito de contestación y según el artículo 306, la reconvención se suntanciará conjuntamente con la demanda principal;

2º Que sigue á la contestación á la demanda el trámite de la réplica y para evacuar éste da el término de seis días el artículo 301 del citado Código;

3º Que el artículo 307 del mismo Código concede el plazo de seis días para oponer excepciones dilatorias contra la reconvención, como el artículo 295 señala el término de emplazamiento para oponer las excepciones dilatorias contra la demanda;

4º Que si la reconvención debe deducirse al contestar, si la reconvención debe sustanciarse conjuntamente con la demanda, si por consiguiente la reconvención debe contestarse en el escrito de réplica, si la réplica debe presentarse dentro de seis días, si se da el término de seis días para oponer excepciones dilatorias, consecuente es deducir que sólo hay

el término de seis días para contestar la reconvención;

5º Que el hecho de que se someta la reconvención á las formas de la demanda no está en pugna con la circunstancia de que la ley haya restringido el término para su contestación y de que deba sustanciarse conjuntamente con la demanda;

6º Que la interpretación contraria produciría ó bien la separación de la réplica ó bien un aumento de término para evacuar ésta y ninguna de las dos consecuencias estaría autorizada por la ley, ni la réplica puede presentarse después de seis días (si el demandado no quiere, pues no es término fatal) ni se puede contestar la reconvención en otro escrito que el de la réplica;

7º Que en este caso sucedería que el demandado no habría tenido derecho para acusar rebeldía de la réplica, aunque habría trascurrido con exceso el término de seis días.

Se declara que no ha lugar la reconsideración pedida en el escrito y se concede el recurso.—*Dagoberto Lagos.*

Apelada esta sentencia,

La Corte:

Vistos: teniendo presente:

1º Que la reconvención es una demanda que, según el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil, debe estar revestida de los requisitos que los artículos 251 y 252 del mismo Código exigen en toda demanda, y para este efecto, agrega la primera de aquellas disposiciones "se considera como demandada la parte contra quien se deduzca la reconvención";

2º Que dado este carácter, se sigue lógicamente que rigen con la reconvención todas las prescripciones de la ley referentes á la demanda, y en consecuencia, debe conferírsele traslado al reconvenido, que hace las veces del demandado, según el artículo 254, y concedérsele el plazo de quince días para contestarla, que fija el artículo 255 del Código citado, al demandado que fuere notificado en el lugar donde funcione el tribunal, como debe necesariamente suceder, ya que el actor, al iniciar su primitiva demanda, necesita designar domicilio conocido dentro de los límites urbanos de ese lugar para las notificaciones según el artículo 52;

3º Que esto mismo se desprende del artículo 258 del Código de Procedimiento, al cual se sujeta también la reconvención por el artículo 304 citado, pues según aquella disposición, la demanda puede ampliarse y rectificarse después de notificada y antes de contestada, y en tal caso "las modificaciones se considerarán como nueva demanda para los efectos de su notificación, y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique correrá el término para contestar la primitiva demanda", ó sea en el caso actual, la reconvención, ya que á ésta se aplica también dicha disposición; lo que importa reconocer expresamente que el plazo para contestarla es el mismo que se tiene para toda demanda, y que se puede modificar la reconvención, contándose en este caso dicho plazo desde la última notificación;

4º Que el artículo 307 del mismo Código que fija el término de seis días para oponer excepciones dilatorias contra la reconvención, lejos de desvirtuar esa conclusión la corrobora, pues si estos seis días fueran los mismos que se concedían para contestarla, no habría tenido la ley para qué indicarlo, ó se habría valido de otras expresiones que así lo manifestaran, de modo que al fijarlo, tal porque era plazo distinto y porque quiso restringirlo á uno menor que el que otorgaba para la contestación, á fin de abreviar la tramitación;

5º Que el término de seis días que el artículo 301 del Código citado concede al actor para replicar, se refiere á la contestación simple, es decir, en que no se deduce ninguna nueva acción, pero no cuando hay reconvención, la que, si bien debe formularse en el escrito de contestación, constituye una situación distinta que la ley contempla en título por separado, que introduce á la discusión de las partes un nuevo elemento que se estima como demanda, y que convierte al actor en demandado, y como á tal con derecho los plazos de que éste goza para defenderse y no al que se fija para la réplica, respecto

del cual no hace la menor referencia el título que trata de esta materia;

6º Que si así no fuera, se colocaría al demandado por la reconvención en una condición desventajosa, tanto porque dispondría de menor término, cuanto porque en ciertos casos no podría defenderse, como sucedería si opone excepciones dilatorias—lo que puede hacer según se ha visto—y son desechadas, pues es muy probable que en la tramitación y fallo de estas excepciones trascurran los seis días de la réplica y no le quede ninguno para contestar, y bajo este supuesto, no podría invocar á su favor la disposición del artículo 298, que concede á todo demandado que se encuentre en igual caso, esto es, que ha opuesto excepciones dilatorias, diez días para contestar, contados desde la notificación del fallo que las desecha, porque si no se aplica el artículo 255, que otorga quince días al demandado, tampoco tendría cabida el 298 que se acaba de citar, que le concede diez días, por referirse uno y otro á términos para contestar la demanda y ser igual la situación; y nótese que la excepción opuesta ha podido ser motivada por culpa del mismo que reconviene, como sería si inicia su acción con defecto que después subsana, lo que haría más agravante privar al reconvenido del nuevo plazo de que goza todo demandado. Por cierto que la ley no ha podido sancionar un estado de cosas semejante que conduce á tales consecuencias;

7º Que la misma anomalía resultaría, bajo el supuesto que se analiza, si se reconviene en juicios que no tienen escritos de réplica y dúplica, como son los de comercio y minas, artículos 887 y 918 del Código citado, en los cuales, por esta circunstancia, no habría término para la contestación, porque ésta debía evacuarse en la réplica; y si bien el Juez puede ordenar que se presenten esos escritos, esto es facultativo en él y sometido á su solo criterio, sin lugar á apelación, y no puede el ejercicio de un derecho depender de la voluntad exclusiva del magistrado; si la ley permite reconvenir en estos juicios, ha debido fijar tambien los trámites y plazos á que tienen que sujetarse, y esto lo ha hecho considerando como demanda la reconvención y como demandado al que se reconviene, con lo que queda dicho que rigen respecto de ella las disposiciones referentes á toda demanda;

8º Que la legislación anterior á la vigencia del Código de Procedimiento Civil concedía para contestar la reconvención el mismo plazo que para constestar la demanda, según se ve en la ley 3ª, título 7º, libro 11 de la Novísima Recopilación y artículo 33 de la ley de 15 de octubre de 1856, y si aquel Código hubiera querido modificar este estado de cosas habría consignado disposiciones expresas que así lo establecieran con claridad, pero léjos de eso, las referencias que hace manifiestan todo lo contrario;

9º Que, según lo expuesto en los considerandos precedentes, el término para contestar la reconvención es de quince días y como la rebeldía se acusó antes de vencerse, es improcedente.

Por estos fundamentos, se revoca la resolución apelada de 16 de agosto último, y se declara que no ha lugar á lo solicitado por la parte de don Luis E. Besa en su escrito.

Acordada contra el voto del señor Ministro de la Cruz, quien opinó por confirmar la referida resolución, á virtud de los fundamentos que consigna el auto de 10 de septiembre último, recaído en el incidente sobre reconsideración de aquella resolución.

Redactada por el señor Ministro don J. C. Herrera.—*Elías de la Cruz—J. C. Herrera.—Horacio Pinto Agüero.*

Corte de Santiago.—27 de julio de 1907

Salazar con Cornejo

Cuasi-delito.—Accidente.—Daño.-Perjuicios.—Indemnización.—Muerte.—Negligencia.—Imprudencia.

DOCTRINA: *Constituye negligencia inexcusable ó imprudencia temeraria de parte de un padre el confiar á su hijo, menor de catorce años, el manejo de una carre-*

tela en las calles de Santiago, y esta negligencia lo hace responsable del daño causado por su hijo que atropelló y mató con el vehículo á un niño de corta edad.

Aparte del sentimiento y del valor de afección—que no se divisa por que deban eliminarse en absoluto—la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y bajo este aspecto, susceptible de una apreciación material ó en dinero.

La dificultad para hacer esta apreciación y establecer su monto fijo por medio de testigos ó peritos, no significa que no debe efectuarse ó que el daño sea inapreciable, pues, salvo casos muy calificados, la apreciación en materia de perjuicios queda siempre al arbitrio del juzgador, sin más norma que su buen criterio para calificar, en cada juicio, los diversos factores y las distintas circunstancias que le suministra el mérito de autos.

Si en la demanda se cobra una cantidad determinada como indemnización por un accidente y en el curso del juicio no se rinde prueba que permita estimar el monto de esta indemnización, desechándose por este motivo la demanda en primera instancia, puede, sin embargo, el Tribunal de Alzada dar lugar á ella en cuanto se exige una indemnización, ordenando que la fije el juez a quo tomando en cuenta las facultades del demandado y demás antecedentes apreciables.

———

Don Aníbal Salazar se presentó ante la justicia exponiendo que su hijo Humberto, de dos años de edad, fué atropellado frente á su domicilio por un carretón que conducía Segundo Cornejo, muchacho menor de edad; y que las lesiones graves consiguientes causaron al siguiente día el fallecimiento de su hijo.

Con tal motivo el señor Salazar demanda á don Juan de Dios Cornejo, padre de Segundo, para que el demandado le pague veinte mil pesos como indemnización por el daño irreparable que se le ha causado.

El señor Cornejo, contestando, expone entre otras razones que no se especifica la naturaleza de los perjuicios; por lo cual pide se rechace la demanda con costas.

Seguido el juicio por todos sus trámites, el señor juez del primer Juzgado en lo Civil libró la siguiente sentencia:

Considerando.

1º Que si bien hay en autos antecedentes bastantes para dar por establecido que el accidente de que fué víctima el niño Humberto Salazar es imputable á negligencia inexcusable é imprudencia temeraria del demandado, pues tenía confiado el manejo de su carretón á un niño que por su edad no podía dirigirlo con acierto, no se ha acreditado que el demandante haya sufrido un daño estimable en dinero por la muerte de su hijo; y

2º Que tampoco hay constancia en autos que la pérdida de ese niño ocasionara al demandante la privación de un lucro cierto y determinado.

Por estas consideraciones y visto lo expuesto en los artículos 1698 y 2314 del Código Civil, se declara que no ha lugar á la demanda, sin costas, por haberse tenido antecedentes plausibles para litigar.—*R. Ahumada M.*

Apelada esta sentencia.

La Corte

dictó por mayoría, el siguiente fallo:

Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, y teniendo presente:

1º Que de autos aparecen estos hechos:

a) Que la carretela que ocasionó el atropello, primero, y la muerte, después, del niño

Humberto Salazar, era dirigida por el hijo del demandado, Segundo Cornejo, de edad de catorce años; y

b) Que, á juicio de los testigos presenciales, el accidente se debió á una imprudencia de Cornejo, pues no detuvo el vehículo á pesar de los gritos que oportunamente se le dieron;

2º Que el hecho de confiar el manejo de una carretela, en las calles de Santiago, á un muchacho de sólo catorce años, importa, sin duda, negligencia inexcusable ó imprudencia temeraria de parte del demandado, y le acarrea, por lo tanto, las responsabilidades consiguientes establecidas por la ley para estos casos;

3º Que aparte del sentimiento y del valor de afección—que no se divisa por qué deban eliminare en absoluto—la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que, por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y, bajo este aspecto, susceptible de una apreciación material ó en dinero;

4º Que la dificultad para hacer esta apreciación y establecer su monto fijo por medio de testigos ó peritos, no significa que no deba efectuarse ó que el daño sea inapreciable, pues, salvo casos muy calificados, la apreciación en materia de perjuicios queda siempre al arbitrio del juzgador, sin más norma que su buen criterio para calificar, en cada juicio, los diversos factores y las distintas circunstancias que le suministra el mérito de autos;

5º Que no es lógico, ni admisible, en consecuencia, que pudiendo cobrarse perjuicios, según la práctica corriente, por la pérdida culpable de un ojo, un brazo ó una pierna, no pueda hacerse esto mismo, sin embargo, por la pérdida de la vida;

6º Que la circunstancia de haberse mandado sobreseer definitivamente, en el sumario criminal, á favor de Segundo Cornejo, con motivo de estimársele irresponsable por ser menor de catorce años, lejos de destruir, afirma la negligencia inexcusable ó imprudencia temeraria del demandado, y no importa la eliminación de la acción civil que se hace valer en este juicio; y

7º Que, si bien hay antecedentes para creer que el demandado hizo varios desembolsos á causa del atropello de su hijo, no se ha recibido prueba bastante al respecto, aparte de que esos gastos pudieron ser hechos también por otra persona.

En esta virtud, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 374 del Código de Procedimiento Civil y 1698, 2314 y 2320 del Código Civil, se revoca la sentencia apelada de 4 de diciembre de 1906, y se declara que ha lugar á la demanda en cuanto se exige por ella al demandado una indemnización con motivo de la muerte del niño Humberto Salazar, hijo del demandante, indemnización que deberá fijarse por el juez *a quo*, tomando en cuenta las facultades del dicho demandado y demás antecedentes apreciables.

Redacción del señor Ministro Montero.

Acordada contra el voto del Ministro señor Barriga, que opinó por confirmar la referida sentencia por las razones que consigna en el libro de votos.—*Luis Barriga.—José T. Marín.—M. Montero.*

VOTO ESPECIAL

En el juicio seguido por don Aníbal Salazar contra don Juan de Dios Cornejo, el infrascrito, disintiendo de la mayoría del Tribunal, opinó por que se confirmara la sentencia de primera instancia, fundado en las siguientes consideraciones.

Prescindiendo de la cuestión legal relativa al derecho con que pudiera reclamarse la indemnización materia del presente juicio, no podría, en mi concepto, acogerse la demanda por falta absoluta de elementos que permitan determinar su cuantía.

Es verdad que la indemnización se funda en el solo hecho de la muerte y que, en general, la avaluación pecuniaria de todo perjuicio no es susceptible de prueba que precise su monto y queda, por lo tanto, sujeta á la apreciación del Tribunal que ha de juzgarla.

Sin embargo, es de toda evidencia que esta apreciación no puede quedar sujeta al puro arbitrio del juez, ya que éste, como lo reconoce el fallo de la mayoría, necesita que los au-

tos le suministren factores ó antecedentes que le permitan formar su criterio.

Y, como insinuaba al comenzar, no hay en la causa elemento alguno á este respecto, ni siquiera para establecer con exactitud la condición de la persona ofendida.

Para apreciar el alcance de las observaciones anteriores, no puede prescindirse de tomar en cuenta que en la demanda se cobre una cantidad determinada, veinte mil pesos, como indemnización por la muerte de un niño de dos años y lo que dispone el artículo 196 del Código de Procedimiento Civil.

Santiago, 27 de julio de 1907.—*Luis Barriga.*

Corte de la Serena.—Cas. en la forma.—6 de diciembre de 1906.

Aguirre y otros con Espoz

Casación en la forma.—Estado civil.—Hijo natural.—Ministerio público; su audiencia.

DOCTRINA:—*Es nula la sentencia dictada en primera instancia, en juicio sobre el estado civil de una persona, sin audiencia del Ministerio Público, por ser éste un trámite esencial del procedimiento.*

No puede subsanarse esta omisión oyendo al Ministerio Público en segunda instancia. (*1*)

Don Camilo Aguirre, curador testamentario de las señoritas Cármen y Tadea Espoz, interpuso la siguiente demanda contra doña Felicidad Espoz, ante el Juzgado de letras de Copiapó:

Que se me ha notificado una solicitud de doña Felicidad Espoz, poniendo en mi conocimiento haber aceptado la calidad de hija natural que dice haberle conferido don Milcíades Espoz en su testamento de 25 de octubre de 1901. Acompaño al efecto una escritura pública de aceptación que corre agregada á la solicitud de mi referencia y que por mi parte pido se mande agregar.

Junto con tomar conocimiento de la solicitud y escritura de que se trata, he protestado que, fuera de todo juicio, se me haga una notificación insidiosa tendente á burlar la sanción del citado testamento que impone la pérdida de la asignación al que reclame contra él. En otros términos, doña Felicidad Espoz pretende socavar la base del testamento y cambiar la condición jurídica en que el testador ha querido colocar y ha colocado á los distintos asignatarios, valiéndose del subterfugio de suscribir supuestos pagarées y haciéndose en seguida demandar por el supuesto acreedor para que la compeliera á prestar la aceptación de un reconocimiento que el testador jamás pensó hacer, como se desprende clara é indubitablemente de su memoria testamentaria.

De este modo ha creído doña Felicidad Espoz que podría llamarse hija natural de don Milcíades Espoz con derecho á la reforma de su testamento y que colocaría á las únicas y verdaderas hijas naturales, que lo son mis pupilas y doña Hermelinda Espoz de Araya, en situación de tener que demandarla, imaginando así mejorar de condición legal y poder tal vez obstruir la liquidación y distribución de la herencia.

Ha creído también, sin duda, que podría á su turno arrojar á mis pupilas la sanción del testamento como un pedruzco que les cerraría el paso y habría de aplastarlas; pero la verdad de las cosas es otra y lo demás no pasa de ser un sueño que únicamente la ambición ha producido.

Yo acepto discutir en el terreno en que doña Felicidad Espoz ha querido colocarme como curador de las señoritas Cármen y Tadea Espoz; acepto el papel de demandante que me obliga á desempeñar; declaro sí que no impugno el testamento de don Milcíades Espoz

(1) Esta doctrina sólo fué sentada por tres votos contra dos.

que me someto en absoluto á la voluntad por él manifestada; que, por el contrario, sostengo el cumplimiento estricto de sus disposiciones; que me conformo con el carácter de herederas universales y asignatarias de cuotas que el señor Espoz ha dada á sus solas hijas naturales doña Hermelinda, doña Carmen y doña Tadea Espoz; y declaro finalmente que si ocurro á la justicia es compelido por la misma doña Felicidad que por falsos medios y malos manejos pretende compartir con aquellas una calidad que no tiene y participar de una herencia que no se le ha dejado ni deferido. Prueba palmaria de esto último es que la posesión efectiva de la herencia se ha concedido sólo á mis pupilas y á doña Hermelinda Espoz de Araya, sin que hasta ahora doña Felicidad ni ningún otro pretendiente se haya atrevido á protestar, ni á solicitarla, no obstante el tiempo trascurrido.

No se ocultará á la penetración de US. que si doña Felicidad Espoz fuera hija natural de don Milcíades Espoz, como lo pretende, había de pedir la reforma del testamento por sí ó por intermedio, como parece querer hacerlo, por el traspaso que de sus pretendidos derechos ha efectuado á don Angel Navarro; tampoco se le ocultará que la sola circunstancia de haber prestado la aceptación de un reconocimiento que no existe y haber pedido se me notifique, importa querer inmiscuirse en la herencia de don Milcíades Espoz y querer vulnerar el derecho de los herederos univerversales que son los únicos administradores durante la comunidad, con la sola obligación de pagar los legados, cuando no lo ha verificado el albacea; comprenderá también que hay un hecho tangible y realizado que perjudica grandemente á dichos herederos universales que vendrían á compartir con otras personas bienes que le pertenecen exclusivamente y, finalmente, comprenderá asimismo, que una situación semejante no puede ni debe prolongarse por más tiempo, sin que se resuelva una vez por todas, si doña Felicidad Espoz es en realidad hija natural de don José Milcíades Espoz ó simplemente ilegítima y asignataria á título singular.

De aquí la necesidad que hay de ventilar desde luego el juicio sobre filiación, á fin de salvaguardiar los intereses agenos puestos en mis manos por voluntad del testador y que la ley me manda defender por todos los medios, so pena de hacerme personalmente responsable.

En consecuencia, entablo demanda contra doña Felicidad Espoz, sin profesión determinada, con domicilio en la calle de Los Carreras, para que se declare:

1º Que no es hija natural de don Milcíades Espoz, sino simplemente ilegítima;

2º Que la declaración que ha hecho á petición de don Angel Navarro, según la escritura de 7 de abril de 1905, no afecta en nada á mis pupilas señoritas Carmen y Tadea Espoz;

3º Que habiendo doña Felicidad Espoz subvertido la voluntad del testador arrogándose una calidad que éste no le ha conferido, ha incurrido en la pérdida del legado de $ 10.000, debiendo devolver lo que hubiere percibido con intereses legales; y

4º Que debe pagar las costas del presente juicio.

Por tanto suplico que, habiendo por entablada la demanda con el testamento que acompaño y demás documentos á que se hace referencia, se sirva hacerle lugar en todas sus partes.

A petición de doña Felicidad Espoz, se adhirió á la demanda don Miguel Araya, por su esposa doña Hermelinda Espoz, con el sisiguiente escrito: "Se me notificó el cúmplase de una sentencia de segunda instancia, lo que me obliga á revisar los papeles y, en vista de ellos, creo indispensable formular las siguientes observaciones:

"Yo no acepto la filiación natural que se atribuye doña Felicidad Espoz; y mi único deseo es que se mantenga y respete en todas sus partes el testamento de don José Milcíades Espoz sin alterarlo siquiera en una coma.

"Solamente obligado por fuerza mayor entraría á la litis que ahora se me obliga por resolución del Iltmo. Tribunal y con mi expresa protesta, por cuanto mi parte tiene reconocida en escritura pública su filiación, no teniéndola doña Felicidad en ninguna forma.

"En vista de lo expuesto y sólo en la forma obligada que indico, me adhiero á la deman-

da formulada por don Camilo Aguirre y con el único propósito de que se respete el testamento de don José Milcíades Espoz y no se reconozca como hijo natural persona que el testador no reconoció el carácter de tal".

Doña Felicidad Espoz, contestando la demanda y reconviniendo, expone: "que en justicia el juzgado se ha de servir desechar á su tiempo la acción aludida y dar lugar á las solicitudes que formularé á la conclusión.

Cuatro son las peticiones formuladas por las demandantes, á saber:

1ª Que se declare que no soy hija natural, sino ilegítima;

2ª Que se declare que la cesión de mis derechos hereditarios á don Angel Navarro no afecta en nada á sus representados;

3ª Que habiendo yo subvertido la voluntad del testador arrogándome una calidad que él no me confirió, he perdido mi derecho al legado de $ 10.000; y

4ª Las costas.

Acerca de estas peticiones debo decir y repetir que de ellas, la única que a mí me afecta es la primera porque independientemente de todo interés pecuniario, yo no podría consentir en que se me arrebatara el estado de hija natural que mi padre me confirió. En cuanto á las peticiones siguientes, habiendo yo cedido mis derechos hereditarios á don Angel Navarro, ellas no me afectan, y habiendo notificado la cesión á los demandantes, sería nula toda sentencia que se dictara sin audiencia ni citación del cesionario.

Por lo demás, las tres últimas peticiones están evidentemente subordinadas á lo que se falle respecto de la primera, porque si la justicia declara que yo soy hija natural por reconocimiento testamentario, á la vez desechará las otras tres peticiones; y por el contrario, si diese lugar á la primera, no por eso se entenderían aceptadas las dos últimas.

En efecto, no se comprende que razonablemente pueda llegar el caso de que se condene en costas y á la pérdida del legado á una legataria demandada que no debe nada á nadie, que no está en mora en el cumplimiento de obligación alguna y que no ha cometido más delito que el de pretender que el testamento de su padre la reconoce como hija y que con el hecho de haberla reconocido como hija le dió la calidad de hija natural. Si el testamento no dice esto, yo no he pedido ni pido á la justicia que lo altere y lo reforme en este punto para hacerlo decir lo que no dice: me someto de antemano á lo que la justicia declare al respecto. Ella dirá si esto es un delito que merece pena.

Supongamos que el albacea privase á una de las herederas instituídas por el testamento de alguno de los fundos que el testador le dejó y que se presentara judicialmente á reclamarlo.

¿Perdería sus derechos hereditarios?

Nó.

¿Por qué?

En primer lugar, porque es legitimaria, y en segundo lugar, porque al entablar su reclamación, ella no pretendía sino que se cumpliera una de las disposiciones testamentarias.

Yo estoy, en el mismo caso, porque al pretender la filiación natural, lo único que pretendo es que se den al reconocimiento testamentario los efectos que la ley le da.

Por manera, que si la cesión de mis derechos hereditarios á don Angel Navarro no puede afectar los intereses de las demandantes, si puede afectarlos el hecho de que la justicia declare que el testamento de mi padre me reconoce como hija y que este reconocimiento me confiere los derechos hereditarios de hija natural, esto es, de legitimaria.

Pero las consecuencias que el fallo del presente juicio haya de tener, no hay para qué discutirlas todavía.

Ahora ¿qué hay en la memoria testamentaria sobre reconocimiento?

Como US. lo notará, en ella lo que hay es un ítem que dice así: Item declaro: "que no he sido casado y que en mi estado de soltero he tenido varios hijos que viven y de los cuales he reconocido como tales á Hermelinda, Cármen y Tadea, menores, por escritura extendida ante el notario de ésta don Agapito Vallejos con fecha 18 de abril de 1906.

A mas de estas tres hijas reconocidas, he tenido varios otros que viven y son los siguientes: José Abdón, Paulina, Felicidad, Niceo Alfredo, Juan Daniel, Carlos Fortunato.

Julio Severo, Herminia, Francisco, Gertrudis y Guillermo.

A todos estos hijos los he atendido y educado como ha sido posible.

Que en esta cláusula me reconoce mi padre como hija suya, me parece que los demandantes, que con muy poca hidalguía se aprovechan de que soy mujer para ofenderme, no lo negarán y si lo negaren, lo mismo da porque no son ellos, porque es la justicia quien debe declararlo.

¿Y cuál es el efecto que la ley da al reconocimiento de un hijo por su padre?

Los artículos 270 y 272 del Código Civil lo dicen terminantemente.

Según ellos, basta que un padre reconozca como suyo en la forma legal á un hijo habido fuera de matrimonio, para que éste, si no procede de dañado ayuntamiento, adquiera la calidad de hijo natural.

Ahora bien, si yo nací fuera de matrimonio, si nadie se ha atrevido á insinuar que proceda de dañado ayuntamiento y si mi padre me reconoció por hija suya en la cláusula transcrita y en la subsiguiente ¿qué duda hay de que tenga la calidad de hija natural?

¿Acaso el contendor pretende que mi reconocimiento debió hacerse con alguna fórmula sacramental?

Sabe US. que una vez reconocido un hijo por su padre, las únicas causales que legalmente se pueden invocar para impugnar el reconocimiento son las enumeradas taxativamente en el artículo 270 del Código Civil, y los señores Aguirre y Araya no han aducido ninguna de ellas, sino que por sí, con una arrogancia que ni la Corte Suprema la gastaría igual, han decidido de que yo soy hija ilegítima, no hija natural.

Entonces, ¿cuál es el efecto jurídico de mi reconocimiento, sino el de darme el estado de hija natural?

Acaso el de convertirme en hija ilegítima, como esos señores lo insinúan?

Pero ¿acaso no era yo hija ilegítima ántes de mi reconocimiento?

En suma, sostengo yo que con arreglo al artículo 270 del Código Civil, mi padre me confirió la calidad de hija natural al reconocerme como hija suya, y que por consiguiente debe desecharse, con costas, la demanda.

Pero esto no me basta.

Una de las dos últimas cláusulas del testamento dice así: "Item, dispongo: que ninguna de las personas expresadas anteriormente podrá hacer cuestión alguna referente á este mi testamento y si así sucediere, es mi voluntud que el que reclame, hombre ó mujer, pierda lo que le dejo y que su parte acrezca proporcionalmente á todos los demás asignatarios".

En mérito de lo dispuesto en esta cláusula, yo vengo á entablar reconvención en contra de las demandantes doña Carmen y doña Tadea Espoz y doña Hermelinda Espoz de Araya, representadas las dos primeras por su curador don Camilo Aguirre y la última por su esposo don Miguel Araya.

¿Por qué?

Porque con flagrante infracción de dicha cláusula han entablado demanda con el propósito de dejar sin efecto la cláusula testamentaria de mi reconocimiento.

Como no quiero pedir nada que no sea perfectamente justo, reconozco que las demandantes, como hijas naturales, y por consiguiente, como legitimarias, no pueden ser privadas, de la totalidad de sus asignaciones testamentarias, porque eso sería un desheredamiento sin causa legal. Pero en respeto por una parte á la ley y por otra parte á la voluntad del testador, pueden y deben ser privadas de sus asignaciones en tanto cuanto éstas excedan de la legítima rigurosa, y US. así debe declararlo, dando lugar á esta reconvención.

Formulo esta petición no sólo porque el derecho de legítima defensa contra un ataque injusto y ofendido me autoriza, sino también porque si la justicia da lugar á ello, como lo espero, mis hermanas no verán disminuído su patrimonio, pues de la disminución que sus asignaciones tengan les responderá su curador á Carmen y á Tadea y su esposo á Hermelinda, por haberlas comprometido en pleitos tan injustos como contrarios al espíritu cristiano.

Por último, para el caso improbable en

que se dé lugar á la demanda y se deseche la precedente reconvención, pido, en subsidio, que los herederos sean condenados á darme $ 200 de alimentos ó la cantidad que US. fije, todo con arreglo al artículo 1169 del Código Civil."

En la réplica y en la dúplica las partes sostienen y desarrollan lo que tienen expuesto en la demanda, contestación y reconvención.

La causa se recibió á prueba, rindiéndose la que corre en autos.

Las partes alegaron y se citó para sentencia, pronunciándose la siguiente, con fecha 31 de agosto de 1906, por el juez de Copiapó:

Considerando:

Que ambas partes reconocen como testamento de don Milcíades Espoz, el que corre en autos, abierto en 16 de julio de 1902;

Que en su testamento don José Milcíades Espoz declara no haber sido casado y que en su estado de soltero ha tenido varios hijos que viven;

Que en dicho testamento declara don José Milcíades Espoz haber reconocido por escritura pública de fecha 18 de abril de 1896, á doña Hermelinda, Tadea y Carmen como hijas naturales;

Que además declara que fuera de esas tres hijas ha tenido varios otros y son los siguientes: José Abdón, Paulina, Felicidad, Julio Severo, Niceo Alfredo, Juan Daniel, Carlos, Fortunato, Francisca Herminia, Gertrudis y Guillermo;

Que también expresa que á todos estos hijos los ha atendido y educado como le ha sido posible, dejándoles todo su cariño, sin hacer diferencia ó distinción entre los que habían sido reconocidos antes y los que ahora enumera en su testamento;

Que á todos sus hijos menores sin distinción les nombra el mismo curador;

Que consta de autos que algunos de los hijos enumerados en el testamento, además de los reconocidos por escritura pública, vivieron con el testador, prestándoles la misma atención, cuidado y educación;

Que también consta que atendió con igual esmero á los hijos que residían en la República Argentina;

Que de todas estas declaraciones se colige con claridad que don José Milcíades Espoz reconoció como hijos suyos á todos los que no habían sido reconocidos por escritura pública, y especialmente con el nombramiento que hizo de curador para los hijos menores también sin distinguirlos, lo que no pudo hacer si hubiera considerado á algunos como hijos simplemente ilegítimos;

Que de ese reconocimiento fluye naturalmente que la voluntad del testador ha sido dar á todos los hijos el carácter de hijos naturales por el testamento, lo que está de acuerdo con los artículos 270, 271 y 272 del Código Civil;

Que si la voluntad de don José Mercedes Espoz hubiera sido la de considerar á la demandada como hija simplemente ilegítima, así lo hubiera declarado pora que pudiera aplicarse el artículo 1169 del Código citado;

Que en cuanto á la reconvención de la demandada y á la petición del demandante para que se declare que ha lugar á la sanción impuesta por el testador en la cláusula que ordena que ninguna persona podrá hacer gestión alguna referente al testamento, ninguna de ellas tiene cabida porque no ha habido acción contra el testamento ni se ha pedido directamente reforma ó nulidad de él.

Conforme á estas consideraciones y con arreglo á los artículos 167 y 169 del Código de Procedimiento Civil y á los artículos 1698, 36, 270, 271, 272, 275, número 3º, 1169, 1182, 1445 y 1562 del Código Civil, se declara sin lugar la demanda y la reconvención.—*Ossa.*

Don Camilo Aguirre, como curador de las menores Carmen y Tadea Espoz y don Miguel Araya, representante legal de su mujer doña Hermelinda Espoz, interpusieron contra esta sentencia los recursos de casación y apelación.

Funda el primero de dichos recursos en los siguientes capítulos:

1º En haber sido dada la sentencia *ultra petita.*

Exponen, á este respecto, que el fallo en sus considerandos 5º, 6º, 7º, 8º y 9º deja establecido que los menores José Abdón, Julio Severo, Niceo Alfredo, Juan Daniel, Carlos Fortunato, Francisco, Herminia, Gertrudis y Gui-

llermo son hijos naturales de don Milcíades Espoz en igualdad de condiciones con los demandantes, en circunstancias que este punto no ha sido materia del juicio, ni es petición formulada en la demanda;

2º Haberse omitido en la sentencia recurrida la enunciación de las principales consideraciones de hecho y de derecho aducidas por la parte recurrente, contenidas especialmente en los escritos de réplica y alegato de bien probado. Agregan que faltan también en la sentencia las citas legales más pertinentes á la cuestión debatida;

3º Contener decisiones contradictorias, pues por una parte se desecha la demanda, declarando hijos naturales á todos los ilegítimos nombrados en el testamento de don Milcíades Espoz; y por la otra, se niega el carácter de legitimaria á doña Felicidad Espoz, desechando la reconvención en que expresamente se pide esta declaración;

4º El previsto en el número 6º del artículo 941 del Código de Procedimiento Civil, por estar ejecutoriadas las resoluciones de la Corte de Alzada que mandaron que no surtieran efecto alguno contra los recurrentes las notificaciones y gestiones de don Angel Navarro y doña Felicidad Espoz, de que dan cuenta los cuadernos agregados, que sirvieron de preliminares á este litigio;

5º La del número 9º del mismo artículo 941, por haberse faltado á trámites ó diligencias declaradas esenciales por las leyes.

Exponen, en lo relativo á este punto, que tratándose de una cuestión que versa sobre el estado civil de los litigantes, ha debido oirse en primera instancia el Ministerio Público, requisito no cumplido, como consta de autos.

La Corte:

Teniendo presente en cuanto al recurso de casación:

Que la Ley Orgánica de Tribunales dispone expresamente que debe ser oído el Ministerio Público en los juicios sobre el estado civil de algunas personas; y tratándose en este proceso del estado de hija natural ó ilegítima de doña Felicidad Espoz, el Tribunal de primera instancia prescindió de esa formalidad;

Que la omisión de un trámite esencial de la ritualidad vicia de nulidad el procedimiento;

Que aceptada una causal de casación es inoficioso pronunciarse sobre las demás.

De conformidad con lo prescrito en los artículos 263, número 5, de la Ley Orgánica de Tribunales y 941, número 9º, del Código de Procedimiento Civil, se invalida la sentencia de 31 de agosto último, y se repone el proceso al estado de pronunciarse sentencia con arreglo á derecho por el juez que corresponda, y previa audiencia del Ministerio Público.

Acordada por los señores Ministros Cádiz, Navarro Ocampo y de la Fuente y contra el voto de los señores Presidente Abalos y Ministro señor Gómez Herreros, quienes estuvieron por desechar el recurso de casación fundado en la causal acogida en este fallo y porque el Tribunal se pronunciara sobre los otros capítulos, teniendo presente que, no habiéndose aun dictado sentencia definitiva en esta causa por haberse apelado del fallo de primera instancia, puede subsanarse la omisión apuntada en esta segunda instancia, ya que la ley no distingue en qué estado del juicio debe precisamente oirse el dictamen del Ministerio Público.— *Maximiliano E. Abalos. — E. Gómez Herreros.—Daniel Cádiz.—D. Navarro Ocampo. —A. M. de La Fuente.*

Corte de la Serena.—5 de diciembre de 1906

Monsalve

Municipalidad. — Acuerdo ilegal. — Nulidad. - Reclamación. – Contribución de haberes. Comisión de avalúo.

DOCTRINA:— *Es nulo el nombramiento de comisión avaluadora de inmuebles para los efectos de la contribución de haberes, hecho por la municipalidad en un día distinto del designado al efecto*

por el artículo 44 de la Ley de Municipalidades, por ser ilegal tal acuerdo.

Don Arturo Monsalve se presentó ante la Municipalidad de Taltal, solicitando reconsiración del acuerdo de esa corporación que nombró tasadores en la sesión de 8 de junio último, fundándose en que, según el artículo 44 de la Ley Municipal, debió hacerse ese nombramiento en la primera sesión, ó sea, en la de instalación celebrada el 6 de mayo. Habiendo desechado la reconsideración la Municipalidad en referencia, fueron elevados los antecedentes á la Corte de la Serena, en conformidad con lo prescrito en el artículo 6º de la ley de 28 de agosto de 1902, para los efectos de los artículos 90 y 99 de la ley de 22 de diciembre de 1891.

Informando la Corporación aludida, expone que el acuerdo objetado es perfeectamente legal, por cuanto en la sesión de instalación no pueden verificarse otros actos que los enumerados en los artículos 12 y 13 de la Ley Municipal citada, entre los cuales no se comprende el nombramiento de tasadores; y que, en consecuencia, habría sido nula la designación de tasadores hecha en la primera sesión.

Oído el señor Fiscal,

La Corte:

Considerando:

1º Que consta de estos antecedentes que la comisión avaluadora de los predios sujetos á la contribución de haberes de la comuna de Taltal fué nombrada el día 8 de junio del corriente año, ó sea en un día distinto del designado al efecto por el artículo 44 de la Ley Municipal;

2º Que la Municipalidad carece de atribuciones para cambiar el día en que debe hacerse esos nombramientos, y el artículo 33 de la ley citada declara la nulidad del acto ejecutado en contravención á aquella disposición; y

3º Que esa inteligencia de la ley guarda conformidad con lo dispuesto en la ley de 10 de enero de 1900 que dispone que cuando no se haya hecho el avalúo de los haberes y formado la matrícula para el pago de patentes, regirán el avalúo y matrícula del año anterior, de lo cual se deduce que no se ha querido alterar lo dispuesto en el recordado artículo 44, limitándose á disponer un arbitrio que salve la situación pecuniaria de la Corporación, y rechazando de hecho el adoptado por ésta de nombrar las comisiones en un día distinto del designado por la ley.

En mérito de estos fundamentos y disposiciones legales citadas, se declara que es ilegal el acuerdo reclamado de la Municipalidad de Taltal.

Acordada contra el voto del señor Ministro de La Fuente, quien estuvo por rechazar la reclamación, estimando legal el acuerdo materia de ella.

Funda su voto.

Maximiliano E. Abalos. —E. Gómez Herreros — D. Navarro Ocampo. — A. M. de La Fuente.

VOTO ESPECIAL

En la reclamación de don Arturo Monsalve para que se declare la nulidad del acuerdo celebrado el 8 de junio último por la Municipalidad de Taltal, designando tasadores para el avalúo de propiedades afectas al impuesto de haberes, la Iltma. Corte por sentencia fecha de hoy, acordada contra el voto del infrascrito, ha dado lugar á dicha reclamación, fundándose para ello en que estando dispuesto en el artículo 44 de la Ley de 22 de diciembre de 1891, que la designación de tasadores se haga en la primera sesión de mayo, la Municipalidad de Taltal ha carecido de facultad para hacerla posteriormente, incurriendo, en consecuencia, en la sanción de nulidad establecida en el artículo 33 de la misma ley.

A juicio del que suscribe, la facultad conferida á las Municipalidades en el citado artículo 44 de nombrar tasadores no es inseparable del día en que debe ó puede ejercitarse.

El día no es de la esencia de la facultad sino mero accesorio de ella, una simple circunstancia accidental.

En dicho artículo 44 no sólo se confiere la facultad sino que también se impone la obligación de nombrar tasadores y á la vez

ordena cumplir con esa obligación en la primera sesión de mayo.

Si la Municipalidad nombra tasadores en la segunda sesión ó en otra posterior, habrá dado cumplimiento tardío ó incorrecto á dicha obligación, pero no se habrá arrogado una atribución de que carezca ni contravenido por tanto á lo prescrito en el artículo 33.

Igual disposición á la del artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades es la contenida en el artículo 93 de la Constitución acerca de que el Senado y la Cámara de Diputados deben elegir Consejeros de Estado en la primera sesión ordinaria de cada renovación del Congreso, sin que pueda sostenerse por los motivos antes indicados que esas corporaciones se arrogan atribuciones de que carecen cuando, como lo ha hecho la Cámara de Diputados en el presente año, eligen Consejeros en sesión posterior á la ordenada por la Constitución.

Disposiciones análogas se encuentran también en varias otras leyes y hasta en la misma Ley de Municipalidades, tenemos la de los artículos 15, inciso 4º, 49 y 50 en que se fijan los plazos para fallar en primera y segunda instancia reclamaciones contra cierta clase de acuerdos municipales, sin que tampoco pueda sostenerse que cuando los fallos se pronuncian despues de vencidos esos plazos, los Tribunales se arrogan atribuciones que no les da la ley.

Demostrada la improcedencia del capítulo de nulidad acogido por la Corte, queda todavía por averiguar si la tardanza en el nombramiento de tasadores constituye algún otro vicio que invalide dicho nombramiento.

En general, siempre que la ley ordena que alguna autoridad ó funcionario público ejecute un acto en cierto día ó dentro de cierto plazo, se entiende que el señalamiento de día ó plazo es sólo una recomendación, siendo válido el acto ejecutado tardíamente, sin perjuicio de las penas en que pudiera incurrir la autoridad ó funcionario que falte á la recomendación de la ley.

Por excepción no vale el acto ejecutado tardíamente cuando la ley así lo prescribe de un modo expreso ó prohibe ejecutarlo fuera del día ó plazos fijados ó dice que ese día ó plazo son fatales y ninguna de esas prescripciones de la ley existe para el caso de que ahora se trata.

Hay también días ó plazos que pueden considerarse como fatales aunque expresamente no lo diga la ley cuando el acto es de tal naturaleza que, ejecutado en día distinto, no llene los fines que el legislador se propuso realizar con tal acto, por ejemplo, los días fijados para la recepción de los sufragios en las elecciones de Senadores, Diputados, Municipales ó de Electores de Presidente de la República, pero está á la vista que no es de esa naturaleza la designación de tasadores, pues aunque ésta se haga uno ó varios días después, siempre sirve al objeto con que está ordenada, cual es el que se tasen los haberes para los efectos del impuesto respectivo, no importando que la tasación se principie unos pocos días ántes ó unos pocos días después, con tal que se concluya en tiempo oportuno.

Puede talvez ocurrir que el atraso en el nombramiento de tasadores sea tan considerable que la tasación no se alcance á concluir oportunamente, nombramiento que sin duda sería ilegal, pero entonces la ilegalidad provendría no de la simple tardanza sino del exceso de ésta.

Pero no ha habido tal exceso en el presente caso, ya que desde el 8 de junio en que se hizo el nombramiento hasta el 15 de agosto, fecha en que según el artículo 46 debe estar concluída la tasación, es tiempo bastante para que los tasadores practiquen ese trabajo con todo descanso y con tanta mayor facilidad cuanto que sólo tienen que revisar la tasación del año anterior.

Se ha invocado también por la Corte en apoyo de la nulidad del nombramiento de tasadores la ley de 10 de enero de 1900, que dice: "Cuando no se haya hecho el avalúo de los haberes y formado la matrícula para el pago de patentes, de conformidad á los artículos 44 y siguientes de la ley de 22 de diciembre de 1891, regirán el avalúo y matrícula aprobados el anterior".

Como se ve, esta lei sólo toma providencias para los casos de que no se haya hecho avalúo alguno, de que no haya sido hecho por tasadores nombrados por la Municipalidad

tela en las calles de Santiago, y esta negligencia lo hace responsable del daño causado por su hijo que atropelló y mató con el vehículo á un niño de corta edad.

Aparte del sentimiento y del valor de afección—que no se divisa por que deban eliminarse en absoluto—la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y bajo este aspecto, susceptible de una apreciación material ó en dinero.

La dificultad para hacer esta apreciación y establecer su monto fijo por medio de testigos ó peritos, no significa que no debe efectuarse ó que el daño sea inapreciable, pues, salvo casos muy calificados, la apreciación en materia de perjuicios queda siempre al arbitrio del juzgador, sin más norma que su buen criterio para calificar, en cada juicio, los diversos factores y las distintas circunstancias que le suministra el mérito de autos.

Si en la demanda se cobra una cantidad determinada como indemnización por un accidente y en el curso del juicio no se rinde prueba que permita estimar el monto de esta indemnización, desechándose por este motivo la demanda en primera instancia, puede, sin embargo, el Tribunal de Alzada dar lugar á ella en cuanto se exige una indemnización, ordenando que la fije el juez a quo tomando en cuenta las facultades del demandado y demás antecedentes apreciables.

———

Don Aníbal Salazar se presentó ante la justicia exponiendo que su hijo Humberto, de dos años de edad, fué atropellado frente á su domicilio por un carretón que conducía Segundo Cornejo, muchacho menor de edad; y que las lesiones graves consiguientes causaron al siguiente día el fallecimiento de su hijo.

Con tal motivo el señor Salazar demanda á don Juan de Dios Cornejo, padre de Segundo, para que el demandado le pague veinte mil pesos como indemnización por el daño irreparable que se le ha causado.

El señor Cornejo, contestando, expone entre otras razones que no se especifica la naturaleza de los perjuicios; por lo cual pide se rechace la demanda con costas.

Seguido el juicio por todos sus trámites, el señor juez del primer Juzgado en lo Civil libró la siguiente sentencia:

Considerando.

1º Que si bien hay en autos antecedentes bastantes para dar por establecido que el accidente de que fué víctima el niño Humberto Salazar es imputable á negligencia inexcusable é imprudencia temeraria del demandado, pues tenía confiado el manejo de su carretón á un niño que por su edad no podía dirigirlo con acierto, no se ha acreditado que el demandante haya sufrido un daño estimable en dinero por la muerte de su hijo; y

2º Que tampoco hay constancia en autos que la pérdida de ese niño ocasionara al demandante la privación de un lucro cierto y determinado.

Por estas consideraciones y visto lo expuesto en los artículos 1698 y 2314 del Código Civil, se declara que no ha lugar á la demanda, sin costas, por haberse tenido antecedentes plausibles para litigar.—*R. Ahumada M.*

Apelada esta sentencia.

La Corte

dictó por mayoría, el siguiente fallo:

Vistos: Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia, y teniendo presente:

1º Que de autos aparecen estos hechos:

a) Que la carretela que ocasionó el atropello, primero, y la muerte, después, del niño

Humberto Salazar, era dirigida por el hijo del demandado, Segundo Cornejo, de edad de catorce años; y

b) Que, á juicio de los testigos presenciales, el accidente se debió á una imprudencia de Cornejo, pues no detuvo el vehículo á pesar de los gritos que oportunamente se le dieron;

2º Que el hecho de confiar el manejo de una carretela, en las calles de Santiago, á un muchacho de sólo catorce años, importa, sin duda, negligencia inexcusable ó imprudencia temeraria de parte del demandado, y le acarrea, por lo tanto, las responsabilidades consiguientes establecidas por la ley para estos casos;

3º Que aparte del sentimiento y del valor de afección—que no se divisa por qué deban eliminare en absoluto—la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que, por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y, bajo este aspecto, susceptible de una apreciación material ó en dinero;

4º Que la dificultad para hacer esta apreciación y establecer su monto fijo por medio de testigos ó peritos, no significa que no deba efectuarse ó que el daño sea inapreciable, pues, salvo casos muy calificados, la apreciación en materia de perjuicios queda siempre al arbitrio del juzgador, sin más norma que su buen criterio para calificar, en cada juicio, los diversos factores y las distintas circunstancias que le suministra el mérito de autos;

5º Que no es lógico, ni admisible, en consecuencia, que pudiendo cobrarse perjuicios, según la práctica corriente, por la pérdida culpable de un ojo, un brazo ó una pierna, no pueda hacerse esto mismo, sin embargo, por la pérdida de la vida;

6º Que la circunstancia de haberse mandado sobreseer definitivamente, en el sumario criminal, á favor de Segundo Cornejo, con motivo de estimársele irresponsable por ser menor de catorce años, lejos de destruir, afirma la negligencia inexcusable ó imprudencia temeraria del demandado, y no importa la eliminación de la acción civil que se hace valer en este juicio; y

7º Que, si bien hay antecedentes para creer que el demandado hizo varios desembolsos á causa del atropello de su hijo, no se ha recibido prueba bastante al respecto, aparte de que esos gastos pudieron ser hechos también por otra persona.

En esta virtud, y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 374 del Código de Procedimiento Civil y 1698, 2314 y 2320 del Código Civil, se revoca la sentencia apelada de 4 de diciembre de 1906, y se declara que ha lugar á la demanda en cuanto se exige por ella al demandado una indemnización con motivo de la muerte del niño Humberto Salazar, hijo del demandante, indemnización que deberá fijarse por el juez *a quo*, tomando en cuenta las facultades del dicho demandado y demás antecedentes apreciables.

Redacción del señor Ministro Montero.

Acordada contra el voto del Ministro señor Barriga, que opinó por confirmar la referida sentencia por las razones que consigna en el libro de votos.—*Luis Barriga.—José T. Marín.—M. Montero.*

VOTO ESPECIAL

En el juicio seguido por don Aníbal Salazar contra don Juan de Dios Cornejo, el infrascrito, disintiendo de la mayoría del Tribunal, opinó por que se confirmara la sentencia de primera instancia, fundado en las siguientes consideraciones.

Prescindiendo de la cuestión legal relativa al derecho con que pudiera reclamarse la indemnización materia del presente juicio, no podría, en mi concepto, acogerse la demanda por falta absoluta de elementos que permitan determinar su cuantía.

Es verdad que la indemnización se funda en el solo hecho de la muerte y que, en general, la avaluación pecuniaria de todo perjuicio no es susceptible de prueba que precise su monto y queda, por lo tanto, sujeta á la apreciación del Tribunal que ha de juzgarla.

Sin embargo, es de toda evidencia que esta apreciación no puede quedar sujeta al puro arbitrio del juez, ya que éste, como lo reconoce el fallo de la mayoría, necesita que los au-

dad no dará duplicado sino que se limitará á tomar las providencias que le fueren ordenadas por la autoridad judicial;

3º Que de esta disposición, que es ley para los accionistas de la sociedad anónima Compañía Salitrera "Aurrerá", se desprende claramente que en los casos como el de que se trata no pierde el accionista sus derechos como dueño del título social inutilizado y que si bien no puede la Sociedad por sí sola darle un duplicado, corresponde á la autoridad judicial disponer lo conveniente para el reemplazo del título;

5º Que, en tal virtud, procede la petición formulada, por don Teodoro Körner en el sentido de que se le den otros títulos en la forma que ordene la justicia ordinaria.

Con arreglo también á lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil, se confirma la referida sentencia de 2 de noviembre del presente año, con declaración de que los nuevos títulos que deben darse á don Teodoro Körner consistirán en certificados, con los detalles y enunciaciones de los primitivos, firmados por el Presidente del Consejo Directivo de la Sociedad ó de quién haga sus veces, y por el secretario del mismo y con el sello social, en los cuales certificados se exprese que expiden á virtud de la presente resolución judicial en reemplazo de los títulos inutilizados cuyos números se indicarán; debiendo el secretario del Juzgado de primera instancia autorizar con su firma esta referencia.

Los gastos que origine la confección de los nuevos títulos serán de cuenta del peticionario Körner.

Redacción del señor Ministro Bezanilla Silva.—*Luis Ignacio Silva.—Braulio Moreno.—Pedro N. Pineda—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.*

JURISPRUDENCIA

SECCION SEGUNDA

CORTE DE APELACIONES

Corte de Valparaíso.—1º de diciembre de 1906

Herrera v. de Ponce de León con Fuenzalida

Legitimación.— Hijo legítimo. —Instrumento público. — Testamento; acción de reforma.

DOCTRINA:—*La legitimación por matrimonio posterior á la concepción, cuando no se produce ipso jure, sólo puede conferirse mediante el otorgamiento del instrumento público dispuesto por el artículo 208 del Código Civil y no tiene este carácter una acta extendida sólo por el padre ante un oficial del Registro Civil.*

Procede la acción de reforma del testamento interpuesta por un legitimario por haberse instituído como único heredero en calidad de hijo legítimo, á un hijo cuya legitimación no fué conferida ipso jure ni por instrumento público y que es simplemente ilegítimo.

———

Don Pascual Alvarez, por doña Juana María Herrera v. de Ponce de León, expone: que doña Virginia de Santa María Ponce de León y Herrera, hija legítima de su mandante y de don Cayetano Ponce, contrajo matrimonio el 28 de septiembre de 1884 con don Francisco Solano Fuenzalida; que éste falleció el 28 de junio de 1886, y su viuda el 3 de abril de 1897 en San Rafael, habiendo la última otorgado testamento ante el oficial del Registro Civil de la 2ª circunscripción de los Andes, el mismo día de su muerte; que en ese testamento se mencionan como hijos legítimos de la testadora á Lorenzo Fuenzalida. finado, y á Luis Francisco Fuenzalida, á quien se instituye heredero único.

Estima la señora Herrera que esta institución de heredero no puede comprometer la cuota que la ley le asigna como legitimaria, pues el heredero nombrado es hijo simplemen-

te ilegítimo de la testadora: cuando ésta contrajo su matrimonio había nacido ya Luis Francisco, y el matrimonio posterior no produjo la legitimación del hijo porque no había sido reconocido como natural por ambos padres y porque ellos no le confirieron el beneficio de la legitimación con los requisitos legales.

En consecuencia, demanda al menor Luis Francisco Fuenzalida para que se declare debe reformarse el testamento de doña Virginia de Santa María Ponce de León v. de Fuenzalida, á fin de que se dé á doña Juana María Herrera v. de Ponce de León lo que por ley le corresponde como legitimaria.

Contestando don Francisco Salvador 2º Alvarez, en el carácter de curador del menor Luis Francisco Fuenzalida, considera improcedente la acción de reforma por no existir sentencia ejecutoriada que prive al menor del estado civil de hijo legítimo de que se encuentra en posesión y que lo constituye legitimario de grado preferente á los ascendientes legítimos.

Agrega que para el caso de reputarse deducida la acción de impugnación del estado civil conjuntamente con la de reforma del testamento, invoca la prescripción de sesenta días que el artículo 217 del Código Civil establece y que ha corrido contra la demandante aún tomando en cuenta sólo el plazo trascurrido desde el fallecimiento de la señora Ponce de León viuda de Fuenzalida.

Aunque no estuviera prescrita la acción de impugnación, cree el demandado que sería improcedente porque la legitimación se produjo dos días después del matrimonio de los cónyuges Fuenzalida y Ponce de León, según consta del instrumento que se acompaña, otorgado ante el oficial del Registro Civil; y á esta legitimación no es aplicable ninguna de las causales de impugnación que establece el artículo 217 del Código Civil.

Por lo demas, ese instrumento es suficiente, puesto que la ley sólo exige instrumento público y á él concurrió don Francisco Solano Fuenzalida por sí y como representante legal de la que ya era su cónyuge.

A mayor abundamiento, invoca el demandado la posesión notoria de su estado civil de hijo legítimo, que se desprende de diversos documentos y de la conducta invariable de sus padres, y concluye pidiendo el rechazo de la demanda, con costas.

En la réplica se sostiene que, miéntras el demandado no compruebe ser legitimario preferente, procede la acción de reforma; que la prescripción no cabe faltando el acto de legitimación; que el instrumento acompañado á la contestación no es sino copia de la inscripción de un nacimiento y no puede considerárselo como acto de legitimación porque ni se manifiesta ahí la voluntad de legitimar, ni para ello era competente el oficial del Registro Civil, ni concurrieron ambos padres, que para actos de esta especie deben comparecer personalmente, ni se ha justificado el caso de impedimento grave necesario para que valga la legitimación de fecha posterior al matrimonio; y finalmente, se afirma que la posesión notoria de estado civil no puede aplicarse á los hijos legitimados, en orden á los cuales es indispensable y esencial el respectivo instrumento de legitimación.

En seguida como se descubriera y reclamara que doña Juana María Herrera había muerto cuando á su nombre se inició la demanda por don Pascual Alvarez, se presentó el poder, en que ratifican lo obrado y dan mandato al mismo don Pascual Alvarez los mismos herederos de doña Juana María, á saber Micaela Ponce de León de Espinosa, Emilia Ponce de León viuda de Madariaga Florinda Ponce de León viuda de Videla, y Saturnino Ponce de León.

En la dúplica, por haber cambiado la persona de la demandante, se modifica la excepción de prescripción de sesenta días, alegándose en su lugar la de trescientos días contemplada en el artículo 217 del Código Civil y al propio tiempo se rebate la réplica observándose que los plazos de prescripción para atacar una legitimación por defectos en el fondo deben aplicarse con mayor motivo á los defectos de forma; y que el instrumento acompañado á la contestación debe interpretarse por su espíritu y no tendría objeto ni eficacia si no fuese una legitimación.

Los demandantes expusieron que á la nueva excepción de prescripción aplicaban las observaciones alegadas en la réplica.

Oídos los señores promotor fiscal y defensor de menores, cuyas opiniones concuerdan en el sentido de que debe aceptarse la demanda, uno de los Juzgados de Valparaíso pronunció con fecha 26 de abril de 1906 el siguiente fallo:

Considerando:

1º Que se ha probado y se reconoce el carácter de madre legítima de la testadora que investía la finada doña Juana María Herrera viuda de Ponce de León;

2º Que á falta de hijos legítimos son legitimarios los ascendientes legítimos;

3º Que los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por la ley les corresponde, tienen derecho á que se reforme á su favor el testamento;

4º Que el demandado nació antes del matrimonio de sus padres, y no habiéndosele reconocido como hijo natural, no puede ser legitimado *ipso jure* por ese matrimonio;

5º Que, fuera de este caso, para la legitimación por matrimonio subsiguiente de los padres, la ley no concede á éstos otro medio que el de conferirla ambos por instrumento público, ni aquélla es susceptible de comprobarse sino con ese instrumento;

6º Que la manifestación constante en el acta, extendida ante el oficial del Registro Civil de la primera circunscripción de Valparaíso, fué hecha únicamente por el padre y no por la madre, cuya inconcurrencia es bastante por sí sola para que tal acto carezca de eficacia como instrumento público de legitimación;

7º Que, aún cuando se sostiene que el marido compareció ahí también como representante legal de su mujer, esto es inaceptable, por cuanto no se trataba entónces del ejercicio de alguno de los derechos constitutivos de la potestad marital, sino de un acto natural y legalmente personalísimo de la madre;

8º Que en vista de lo dicho es inoficioso tomar en cuenta lo debatido por las partes sobre la competencia del indicado funcionario y acerca de si el referido documento revela ó nó haberse expresado la intención de legitimar;

9º Que, no habiéndose presentado, pues, el requerido instrumento público en que ambos padres hicieron constar su voluntad de legitimar, no aparece título ni siquiera presuntivo de la calidad de hijo legitimado que se atribuye el menor Fuenzalida y siendo así, no cabe suponer impugnaciones ni alegar prescripciones que han menester el antecedente necesario de la existencia de ese título.

Vistos los artículos 208, 989, 1167, 1181, 1182, 1183, 1216 y 1217 del Código Civil;

Se declara:

1º Sin lugar las excepciones; y

2º Que ha lugar á la demanda, debiendo, en consecuencia, reformarse el testamento de doña Virginia de Santa María Ponce de León viuda de Fuenzalida, para dar á su madre legítima doña Juana María Herrera la legítima que por la ley le corresponde.—*José R. Guzmán.*

Apelada esta sentencia por don Francisco Salvador Alvarez, dedujo éste al expresar agravios "la prescripción de cuatro años de la nulidad relativa que pudiera atribuirse al instrumento por inconcurrencia personal de doña Virginia Santa María Ponce de León viuda de Fuenzalida á su otorgamiento."

Dice que dicha nulidad sólo habría podido ser reclamada por la expresada señora, lo que no hizo durante los trece años en que vivió con posterioridad á él, estando, por consiguiente, prescrita toda acción al respecto por el lapso de tiempo de cuatro años contados desde el fallecimiento de su marido don Francisco Fuenzalida Morán, cuya partida de defunción se ha acompañado.

Que por otra parte, está de manifiesto la aceptación de doña Virginia Santa María Ponce de León viuda de Fuenzalida de la expresada legitimación en los instrumentos públicos y testamento, en los cuales invocó el estado civil de hijo legítimo de don Luis Francisco ó lo reconoció expresamente.

Respondiendo á la expresada prescripción expone la parte de doña Juana María Herrera viuda de Ponce de León, que el documento, que se dice viciado de nulidad relativa, no es sino el certificado de inscripción de nacimiento de don Luis Francisco Fuenzalida Ponce de León y no puede equivaler al instrumento público de legitimación.

Que al oficial del Registro Civil no le da competencia la ley sino para inscribir las "declaraciones de legitimación de hijos naturales" y aún suponiendo que la citada inscripción tuviera por objeto conferir la legitimación, faltarían en el acto: simultaneidad en la declaración del padre y de la madre legitimantes, funcionario competente para recibirla é hijo natural á quien dar tal beneficio.

Que, careciendo el acto de esas formalidades, que tocan á su esencia y afectan el interes público, cualquiera omisión ó vicio en él produce nulidad absoluta y no relativa; y que ante la inexistencia de un hecho jurídico no cabe argüir prescripción que no tendría día cierto y determinado para iniciar el lapso de tiempo para su curso.

Pide en consecuencia el rechazo de la prescripción.

La Corte:

Considerando respecto á la prescripción alegada en la expresión de agravios de don Francisco Salvador Alvarez.

1º Que la legitimación por matrimonio posterior á la concepción cuando no se produce *ipso jure*, sólo puede conferirse mediante el otorgamiento del instrumento público dispuesto por el artículo 208 del Código Civil;

2º Que el acta extendida por don Francisco Solano Fuenzalida y Morán ante un oficial del Registro Civil, no tiene el carácter ni las condiciones del instrumento público requerido por la ley para que se entienda conferida por sus padres á don Luis Francisco Fuenzalida el beneficio de la legitimación; y

3º Que no existiendo el instrumento público de legitimación, no procede atribuir ese carácter á la referida acta para los efectos de alegar en su contra la mencionada prescripción.

Con arreglo á lo dispuesto en los artículos 1698 y 1701 del Código Civil se desecha la prescripción alegada por el demandado en su escrito.

Se confirma la sentencia de 26 de abril último, sin costas, por estimarse que el demandado ha tenido motivo plausible para litigar.

Se previene que el señor Presidente Silva y señor Ministro Bezanilla Silva estuvieron por que se condenara en las costas del recurso á la parte totalmente vencida, estimando que no existen en este caso los motivos especiales que autorizan la exención de las costas con arreglo al artículo 152 del Código de Procedimiento Civil.

Redacción del señor Ministro Moreno.—*Luis Ignacio Silva.—Braulio Moreno.—Pedro N. Pineda.—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.*

Corte de Valparaíso.—28 de diciembre de 1900.

Delpino y Andrade con Hörman y C.ª

Quiebra.—Cesación de pagos.—Comerciante.—Quitas y esperas.—Convenio.—Convenciones.

DOCTRINA:—*Un comerciante que no ha sido declarado en quiebra puede celebrar con sus acreedores convenciones en que se le concedan rebaja de créditos y plazo para el pago. El Código de Comercio las autoriza al decir en el artículo 1326 que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimente otorgan esperas al deudor común.*

La ley no exige que estas convenciones se hagan con intervención de la justicia, ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes y no son aplicables á ellas las formalidades prescritas para el "convenio" que es una situación legal diversa.

En una ejecución que los comerciantes de Valparaíso señores Delpino y Andrade, interpusieron contra los de la misma clase Hörmann y Cª, por cobro de varias letras ascendentes á $ 7.367,25 oro de dieciocho peniques y $ 2 780,52 papel, los ejecutados opusieron las excepciones de transacción, novación, remisión de la deuda, concesiones de esperas é incompetencia del Juzgado, en mérito de las razones siguientes:

A consecuencia del terremoto del 16 de Agosto último, dicen, sufrimos grandes pérdidas que perturbaron la marcha, antes muy próspera, de nuestros negocios, y con tal motivo reunimos á nuestros acreedores, entre los cuales figuran los ejecutantes, para imponerles del estado de nuestro giro.

Los acreedores estuvieron contestes en dar facilidades, procurando así evitar la liquidación judicial que de otra manera se imponía.

Al efecto, se firmó el convenio extrajudicial de que da constancia el duplicado, convenio en que los acreedores dan por cancelados sus créditos en contra de Hörmann y Cª mediante el otorgamiento de nuevas obligaciones por el cincuenta por ciento del valor de sus créditos y para ser pagadas en la forma, plazo y condiciones que ahí se estipulan.

Ese convenio, junto con importar una verdadera transacción celebrada entre Hörmann y C.ª y sus acreedores, puesto que su mente fué precaver un litigio eventual, importa también novación de las antiguas obligaciones por las nuevas, remisión de aquellas y concesión de esperas para éstas.

La cláusula 5ª del convenio estipula que las operaciones á que alude se harán bajo la inspección del señor Arnaldo Droste, á quien los acreedores designan como interventor y á quien se confiere la calidad de árbitro para que resuelva todas las dificultades que ocurran en la aplicación del mismo convenio.

De aquí resulta que el Juzgado de Letras es incompetente para conocer en este asunto.

Concluyen los ejecutados pidiendo la admisión de las excepciones y que se declare sin lugar la demanda.

Los ejecutantes piden que se desechen las excepciones y que se ordene el pago de la cantidad demandada, con intereses corrientes desde la fecha del protesto, gastos de éste y costas del juicio.

Alegan que el documento referido les fué presentado sin que mediara reunión de acreedores y lo suscribieron en la errada inteligencia de que eran tales acreedores, no siéndolo entonces en realidad.

Que las proposiciones de convenio deberán ser hechas y discutidas en junta general de acreedores, y las que fueren aceptadas de otro modo no tendrán valor alguno.

Que tampoco el proyecto de convenio ha sido suscrito por todos los acreedores de Hörmann y Cª, pues figuran á lo menos tres que aparecen aceptándolo por telegrama, pero sin haberlo firmado, y que, en todo caso, el tal convenio no contiene los requisitos que prescribe el artículo 583 del Código de Procedimiento Civil.

Previenen, además, que ellos retiraron su firma por carta de fecha 24 de octubre último.

El Juzgado con fecha 19 de diciembre de 1906, resolvió:

Considerando:

1.º Que tratándose de comerciantes que reconocen hallarse en la situación de no poder hacer frente al pago de sus obligaciones mercantiles, los convenios que celebren con sus acreedores han de reunir las condiciones ó requisitos exigidos por la ley para su validez;

2º Que entre esas condiciones ó requisitos figuran la de que el convenio se haga ante el juez y las que consigna el artículo 583 del Código de Procedimiento Civil, y no concurriendo tales circunstancias en el presente caso, no debe tomarse en cuenta el aludido convenio como antecedente atendible de las excepciones que se basan, directa ó indirectamente, en su pretendida eficacia.

Vistos además los artículos 747 y 1456 del Código de Comercio y 487 y 492 del de Procedimiento citado, deséchanse las excepciones opuestas y se declara que ha lugar á la demanda y á continuarse la ejecución, con costas.—*José R. Guzmán.*

Apelada esta resolución,

La Corte:

Vistos: reproduciendo la parte expositiva

de la sentencia de primera instancia, y teniendo presente:

1º Que no hay disposición legal que prohiba á un comerciante que no ha sido declarado en quiebra celebrar con sus acreedores convenciones en que se le concedan rebaja de créditos y plazo para el pago y que tengan naturalmente por objeto evitar que aquella declaración llegue á producirse;

2º Que, lejos de oponerse á tales convenciones que, según las circunstancias, pueden importar un merecido favor para el comerciante y ser de evidente conveniencia para los acreedores, el Código de Comercio las autoriza al decir en el 1326 que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimente otorgan esperas al deudor común;

3º Que la ley no exige que las estipulaciones de que se trata se hagan con intervención de la justicia, ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes;

4º Que no son aplicables al caso las formalidades prescritas en el título 6º, libro 4º del Código citado para la celebración de un convenio, porque ellas tienen cabida solamente cuando el deudor, haciendo uso de la facultad que le confieren los artículos 584 y 662 del Código de Procedimiento Civil en relación con el 897 del mismo cuerpo de leyes, se presenta en quiebra para hacer á sus acreedores proposiciones de convenio; ó cuando las hace después de iniciado el juicio de quiebra y de concluída la verificación de créditos en conformidad á lo dispuesto en el artículo 1454 del Código de Comercio; y siempre para el efecto de obligar aún á los acreedores de minoría que les negaren su voto en la reunión respectiva;

5º Que ateniéndose á los principios expuestos en los considerandos precedentes, no debe reputarse que carece de valor legal el pacto por no haberse observado las formalidades enunciadas en el título 6º, libro 4º del Código de Comercio; y tanto menos cuanto que aparece celebrado el 14 de diciembre último, esto es, entre el 17 de agosto y el 7 de octubre, en que, á consecuencia del terremoto, estuv suspendida en Valparaíso la administración de justicia en lo civil y en que, por lo mismo, Hörmann y Cª estuvieron imposibilitados para ocurrir á la justicia ordinaria, suponiendo que se hubieran hallado en la precisión de hacerlo para obtener la aprobación de un convenio propiamente dicho en la forma establecida en aquel título y libro;

6º Que, por otra parte, no se halla suficientemente establecido en autos que á la fecha del pacto referido Hörmann y Cª se encontraran en estado legal de cesación de pagos; por lo que en ningún caso afecta al dicho pacto la ineficacia que se le atribuye derivada de la existencia de aquel estado legal;

7º Que el pacto aludido, que obliga á todos aquellos que concurrieron á su celebración, está suscrito por Delpino y Andrade; y aunque no figuren en él las firmas de tres comerciantes extranjeros, como aquéllos lo aseveran, no se ha demostrado que no se hayan adherido á él por telégrafo como en el mismo instrumento se indica;

8º Que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo ó por causas legales;

9º Que no consta en autos que haya quedado sin efecto por alguno de esos motivos;

10. Que por el contrato en cuestión los acreedores de Hörmann y Cª cancelaron los créditos que contra ellos tenían mediante el pago de cincuenta y cinco por ciento y se convino en que este pago se haría en cuatro cuotas semestrales, sin intereses, contadas desde el 16 de agosto de 1906; siendo las primeras cuotas de 12½ por ciento y las dos últimas de 15 por ciento cada una;

11. Que estas estipulaciones dan fundamento bastante á las excepciones de novación, remisión de deuda y concesión de esperas opuestas por Hörmann y Cª á la ejecución de Delpino y Andrade, pues mediante ellas se sustituyó una nueva obligación á otra, declarándose expresamente extinguida la antigua, se condonó al deudor un 45% de la deuda y se le otorgaron nuevos plazos para el pago del 55% restante;

12. Que no son igualmente atendibles las

excepciones de transacción y de incompetencia: la primera porque no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa, caso en que se encuentran en orden al contrato Delpino y Andrade respecto de Hörmann y Cª, que no disputaron á aquellos la legitimidad de sus créditos ni renunciaron por su parte derecho alguno en cambio de la concesión que se les hacía; y la segunda, porque en la cláusula 5ª del contrato se sometieron á compromiso las dificultades que ocurrieran en su aplicación y no las que se suscitasen sobre su eficacia legal, cuestión que se ventila en el presente juicio.

Con arreglo á las disposiciones legales citadas y á los artículos 1545, 1631, núm. 1º, 1634 y 2446 del Código Civil y 485, números 10, 11, y 12, y 492 del Código de Procedimiento Civil, se declara que ha lugar á las excepciones de novación, de remisión parcial de la deuda y de concesión de esperas.

En consecuencia, se revoca, con costas, la sentencia de 19 noviembre último, en cuanto rechaza esas tres excepciones y se absuelve de la ejecución á Hörmann y Cª.

Se confirma en lo demás la misma sentencia.

Se previene que el señor Ministro Pineda no acepta el sexto considerando.

Redactada por el mismo señor Ministro, con excepción del indicado considerando sexto.—*Luis Ignacio Silva.—Braulio Moreno.—Pedro N. Pineda.—B. Alamos González.—A. Bezanilla Silva.*

Corte de Santiago.—24 de diciembre de 1906

De la Barra con Aguirre

Juicio ejecutivo.—Mandamiento de ejecución.—Apelación.— Excepciones.—Tribunal de Alzada; sus facultades.

DOCTRINA:—*La resolución por la cual el juez ordena que se despache mandamiento de ejecución es apelable (1).*

El Tribunal de Alzada puede revocar la ejecución al pronunciarse sobre la apelación deducida por el ejecutado contra la sentencia de pago, aunque éste no haya opuesto excepciones.

Don Manuel de la Barra demandó ejecutivamente á don Diego A. Aguirre la suma

(1) Esta doctrina ha sido establecida sólo por dos votos contra uno y es digno de especial mención el voto del señor Ministro disidente que revela mucho estudio. La Corte de Casación aún no ha establecido doctrina sobre este punto, de manera que la jurisprudencia permanecerá indecisa tal vez por mucho tiempo. Las razones en que se apoya el voto del señor Ministro disidente son poderosas, pero creemos que tanto él como la mayoría del tribunal han prescindido de un antecedente que es decisivo para la acertada resolución de este asunto. Del considerando 4º de la sentencia de la Corte y de la disertación del voto especial se desprende claramente que tanto la mayoría como la minoría del tribunal han discurrido sobre la base de que la resolución que ordena despachar el mandamiento de ejecución es un *auto* y en consecuencia, han discutido la aplicación del artículo 211 del Código de Procedimiento Civil.

En cambio, creemos que esa resolución es una verdadera *sentencia interlocutoria* porque, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 165 inciso 3.º «resuelve sobre un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva».

Como sentencia interlocutoria, debe rejirse por la disposición del artículo 210 del Código de Procedimiento Civil que establece que estas sentencias son apelables «*salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso*» y no por el artículo 211 que sólo se refiere á los autos.

Dados los términos del artículo 210 que exige para que no proceda apelación que la ley la *deniegue expresamente*, creemos que es difícil sostener que las expresiones del artículo 462 puedan estimarse como una denegación expresa del recurso. Por este motivo nos inclinamos á aceptar la doctrina establecida por la mayoría del tribunal, aunque desearíamos que el Tribunal de Casación tuviera oportunidad de pronunciarse pronto sobre esta cuestión de derecho procesal que es interesante y de muy frecuente aplicación.—O. D. I.

de $ 1.520, intereses y costas que á su juicio le adeuda por un documento, cuya firma ha reconocido.

Don Diego A. Aguirre, negó el mérito ejecutivo que se atribuye al expresado documento y sostuvo que no había contratado con el señor de la Barra.

El juzgado resolvió con fecha 5 de junio de 1906:

"Vistos: despáchese el mandamiento de ejecución y embargo que se solicita, con arreglo á la ley.

Hase por resuelta la incidencia promovida por don Diego A. Aguirre en lo principal del libelo de 28 de mayo último. —*Moisés Lazo de la Vega.*

Apeló Aguirre del mandamiento de ejecución y de la sentencia de pago que en seguida se dictó y ambas apelaciones se vieron conjuntamente, fallando lo siguiente:

La Corte:

Teniendo presente:

1º Que, en vista de lo dispuesto en los artículos 210 y 211 del Código de Procedimiento Civil, todas las sentencias definitivas é interlocutorias de primera instancia son apelables, salvo los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso; y en cuanto á los autos y decretos, no son apelables solamente cuando ordenan trámites necesarios para la sustanciación regular del juicio;

2º Que en las disposiciones anteriores está consignado todo lo relativo á la apelación de las resoluciones judiciales;

3º Que la resolución que el juez dicta cuando se le pide que despache mandamiento de ejecución no es de aquellas que ordenan trámites necesarios para la sustanciación del juicio, puesto que el juez en este caso tiene que examinar el título y en vista de las disposiciones legales que rigen la materia, despachar ó denegar la ejecución;

4º Que aún cuando la ley no admite la intervención del demandado antes de despacharse la ejecución, no quiere esto decir que le niegue la apelación del auto en que se despacha, ó que la concesión del recurso cause embarazos ó tenga inconvenientes en la causa, en primer lugar, porque este auto es de aquellos que por su naturaleza es apelable y la ley no ha denegado expresamente el recurso; en segundo, porque debiendo concederse únicamente la apelación en lo devolutivo, conforme al número 1º del artículo 217 del Código de Procedimiento Civil, no se entorpece en manera alguna la marcha del procedimiento ejecutivo; y en tercero, porque la apelación puede remediar con prontitud el error en que el juez de primera instancia pudo haber incurrido al decretar el mandamiento;

5º Que la demanda tiene por objeto que don Diego A. Aguirre pague la suma de $ 1.520 en que don Aníbal Martínez, perito tasador, ha estimado diez acciones de la Sociedad Chilena de Amalgamación;

6º Que el título en que se funda la ejecución y á que se refiere la tasación dice literalmente: "Traspaso número 1122.—Sociedad Chilena de Amalgamación.—Señor Gerente: Sírvase recabar del Directorio de la Sociedad la autorización necesaria para traspasar diez acciones de mi propiedad según el título número..... que he enajenado á don Manuel de la Barra.—Santiago, 12 de febrero de 1906. —Firma.—*D. A. Aguirre*, vendedor.

"Testigos.— Firma. — *Adolfo Amengual.— Luis Demaud Vergara.*

"Por la presente acepto el traspaso de las acciones arriba mencionadas, obligándome á cumplir con todo lo prescrito por los estatutos sociales.

"Testigos.—Firma.—*Arm. Goyeneche.*

"Santiago,.....de.....de 190.....—Firma. *M. de la Barra C.*, comprador.

"Aceptado por el Directorio en.....de..... de 190...—El Gerente.

"Se canceló el título número.....por..... acciones..... "Se emitió el título número 2348 por.....acciones.—Santiago,.....de..... de 190...—El Gerente";

7º Que si bien aparece en el trascrito documento la firma del señor Aguirre y si bien éste la ha reconocido en la diligencia, la declaración suscrita con esa firma no importa la obligación de dar que se demanda, y se ha negado además la existencia del contrato mismo; y

8º Que el ejecutante de la Barra ha reconoido que no ha celebrado este contrato con el jecutado Aguirre.

Visto lo dispuesto en los artículos 151, 167 ·455 del Código de Procedimiento Civil, se evoca el auto de 5 de junió, y se declara que no ha lugar al mandamiento solicitado por lon Manuel de la Barra C., suspendiéndose os efectos de todo lo obrado con posteriodad a dicho auto, con costas.

Acordada por unanimidad, después de desechada la indicación previa del señor Lagos sobre que se declare improcedente la apelación interpuesta contra el auto de 5 de junio que despachó mandamiento de ejecución, en virtud de los fundamentos que consigna en el libro de acuerdos. El señor Lagos no acepta, en consecuencia, los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto de este falio.

Redactada por el señor Ministro Donoso Vildósola.—*E. Donoso Vildósola.—Felipe Herrera.—Dagoberto Lagos.*

VOTO ESPECIAL

En la ejecución de don Manuel de la Barra contra don Diego A. Aguirre por $ 1.520, intereses y costas, la mayoría del Tribunal ha opinado que corresponde revocar el decreto que despachó mandamiento de ejecución y el que suscribe cree que debe declararse improcedente la apelación de ese decreto y que debe revocarse la sentencia de pago.

Dos son las cuestiones presentadas á la consideración del Tribunal en concepto del infrascrito.

Si el ejecutado puede ó no reclamar del decreto que despachó mandamiento de ejecución, es una.

Si el Tribunal puede ó no revocar la ejecución al pronunciarse sobre el recurso deducido por el ejecutado contra la sentencia de pago, aunque éste no haya opuesto excepciones, es la otra.

Sólo puede reclamar de un acto judicial el que debe ser oído á su respecto; por esta razón no pueden entrar á los juicios las personas que lo tengan á bien y por lo mismo el Código de Procedimiento Civil rige las contiendas civiles entre partes (art. 1º).

De manera que para resolver la primera de las cuestiones bastaría saber si el ejecutado debe ser oído ó no antes del trámite de las excepciones que puede oponer.

Este punto está solucionado en los incisos 1º y 2º del artículo 462 del citado Código, que dicen: "El Tribunal examinará el título y despachará ó denegará la ejecución, sin audiencia ni notificación del demandado, aún cuando se hubiere éste apersonado en el juicio".

"Las gestiones que en tal caso haga el demandado no embarazarán en manera alguna el procedimiento ejecutivo y sólo podrán ser estimadas por el Tribunal como datos ilustrativos para apreciar la procedencia de la acción".

Se ve que el demandado puede presentarse en la ejecución, pero sin embarazar en manera alguna el procedimiento.

Por su parte, el juez está en la obligación de proceder sin audiencia ni notificación del demandado, aún cuando se hubiere apersonado al juicio.

En consecuencia, si la providencia del escrito que solicita mandamiento debe ser dictada sin audiencia ni notificación del demandado aunque éste se hubiere apersonado al juicio, queda dicho que no debe ser oído antes de sus excepciones.

Si el juez no debe oirlo ¿cómo le concedería apelación, como lo haría si la ley no le ha dado ni la facultad de poder hacerlo?

Si no debe ser notificado ¿como podría deducir el recurso de apelación?

Si el juez, obedeciendo á un mandato imperativo de la ley, no debe conceder la apelación interpuesta por el demandado, la Corte no está autorizada para aceptar esa apelación si se ocurre de hecho ó para conocer de ella si fuere concedida por el juez.

Como tribunal de derecho, la Corte está en el deber de ceñirse á la ley y de desatender las apreciaciones de equidad; de manera que no deben avanzarse conceptos equitativos sino á falta de preceptos legales (núm. 5º del art. 193 del citado Código).

Si al juez le es prohibido oir y notificar al ejecutado, es evidente que esa prohibición es más enérgica para el Tribunal de Alzada.

No se puede alegar que el decreto que se pronuncia sobre la solicitud de mandamiento es apelable porque se halla en el caso del artículo 210 del recordado Código y no es atendible esta alegación debido á que el demandado no debe ser oído ni notificado y á que no puede solicitar apelación quien no tiene conocimiento de lo que ocurre y quien no tiene derecho para hablar en ese estado del juicio.

Aparte de que el inciso 3º del citado artículo 462 prohibió implícitamente la apelación del ejecutado, la ley ha sometido el decreto que despacha mandamiento á lo que dispone el artículo 211.

En efecto, dice ese inciso 3º;

"Si denegado el mandamiento de ejecución, se interpusiere apelación de este fallo y hubiere lugar á ella, el Tribunal elevará el proceso al superior, también sin notificación del demandado".

Primeramente, se ve que no se notifica al demandado la apelación del ejecutante, como es lo natural después de lo que disponen los otros dos incisos, y luego se hace evidente que aquel no tiene apelación.

Si este decreto se rigiera por las disposiciones generales ¿qué objeto tendría este inciso? Mas, ¿qué objeto tendrían los otros dos?

No se puede desatender el tenor literal de una ley cuando su sentido es claro (art. 19 del Código Civil), ni se debe tomar en cuenta lo favorable ú odioso de una disposición para ampliar ó restringir su interpretación (art. 23 del mismo Código).

Luego, debe darse al artículo 462 todo el valor que tienen sus disposiciones imperativas y especiales para este juicio. Pero hay más: ese decreto queda también dentro de lo que dispone el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, pues la ley señala ese trámite del juicio ejecutivo como necesario para la sustanciación regular del juicio y por esta razón tampoco es apelable.

Si no es necesario ¿por qué no se confiere traslado ó traslado y autos?

Se hace preciso distinguir trámite necesario de proveído de mero trámite para no desechar esta interpretación.

Todavía, si se hallan obscuras las expresiones de la ley, recurramos á su histosia y á su fuente, y veremos iguales conclusiones.

Hubo el propósito de dejar la ley en términos más definidos, sin duda, y por esta circunstancia se dijo sin notificación del demandado en el artículo. 462 del Código en vez de sin citación del demandado que tenía el artículo 420 del proyecto.

Por lo demás, los antecedentes acentúan la opinión que vengo sosteniendo.

Los artículos 1440 y 1441 de la ley de Enjuiciamiento Civil de España dicen:

"Art. 1440. El Juez, examinando los documentos presentados con la demanda, despachará la ejecución si el título no contuviere alguno de los defectos que mencionan los párrafos 1º y 2º del artículo 1467.

En otro caso la denegará sin prestar nunca audiencia al demandado."

"Art. 1441. Contra el auto en que se *denegare* la ejecución procederán los recursos de reposición y de apelación, conforme á los artículos 377 y 380, pero sin copia de los escritos ni audiencia del demandado.

Esta apelación será admitida en ambos efectos y se remitirán los autos al Tribunal Superior, con emplazamiento únicamente de la parte ejecutante."

Se ve que son sustancialmente iguales estas disposiciones á las del recordado artículo 462 de nuestro Código.

Pues bien, en España se estima que el ejecutado no puede apelar del decreto que despacha mandamiento de ejecución y á este efecto dice Manresa:

"Concuerdan sustancialmente con los artículos 946 y 947 de la ley anterior.

"Según unos y otros, presentada la demanda ejecutiva, debe el Juez dictar desde luego su resolución por medio de auto otorgando ó denegando la ejecución, en vista del título ejecutivo ó documento que con aquella se hubieren presentado y sólo por lo que de ellos resulte, sin prestar nunca audiencia al demandado.

"Y declaran también que contra el auto denegando la ejecución, procedencia los recursos de reposición y apelación, conforme á los artículos 377 y 380, esto es, el de reposición dentro de cinco días, por tratarse de una pre-

encia que no es de mera tramitación, y el apelación dentro de tercero día si fuere degada la reposición.

'Claro es que estos recursos sólo puede utiarlos la parte ejecutante por ser á quien rjudica dicha resolución, y porque el ejecudo no es todavía parte en el juicio, y así lo á entender claramente la ley al prevenir que resuelvan dichos recursos sin copias de los :ritos ni audiencias del demandado; y que es procedente la apelación, se admita en nbos efectos y se remitan los autos al Trinal Superior, con emplazamiento única:nte de la parte demandante.

"No se permite ninguno de dichos recursos ntra el auto mandando despachar la ejeción.

"Este auto ha de llevarse á efecto en todo ca- sin prestar audiencia al demandado, y sólo :spués de practicado el embargo y de ser ciido de remate, podrá el deudor oponerse á ejecución, conforme al artículo 1461 "

Indicaremos, por último, que el precepto de ley anterior, reproducido en la actual, de ıe los jueces despachen ó denieguen en la ejeıción sin prestar nunca audiencia al deıandado, tuvo y tiene por objeto corregir el buso de la práctica antigua de conferir al eudor traslado sin perjuicio, cuando el Juez udaba si procedía ó nó la ejecución, ó un imple traslado cuando la creía improcedente, uyo traslado producía el efecto de convertir ı ordinario el juicio ejecutivo, lo cual es conrario á los principios del derecho procesal. a naturaleza y el objeto del juicio ejecutivo xigen, como se ordena, que el Juez resuelva in tramitación alguna y en vista solamente e la demanda de los documentos en que se ınde, y que esa resolución sea precisamente torgar ó denegar la ejecución.

En consecuencia, el ejecutado no puede relamar del decreto que despachó mandamieno de ejecución y es improcedente la apelación el decreto de 5 de junio.

La segunda de las cuestiones propuestas ıo tiene dificultades, en mi entender.

El decreto que despacha mandamiento, dica un trámite necesario para la sustanciaión de esta especie de juicios, da seguridóales al acreedor (arts. 464, 468 y 472 del Código de Procedimiento Civil) y autoriza al deudor para oponer sus excepciones, desde que sea requerido (art. 480 del mismo Código).

No difiere del juicio ordinario sino en la rapidez; pues en éste se da traslado de la demanda y por cuerda separada se han podido decretar las medidas precautorias del artículo 280.

Con aquel decreto que despacha mandamiento, sólo ha comenzado el pleito y el hecho de que el deudor no pueda reclamar de él sino oponer excepciones, no da á ese decreto otro alcance legal que la del proveído de la demanda ejecutiva.

Si el deudor comparece y se excepciona (art. 486), se oye al acreedor (art. 487), si es necesario se recibe á prueba (arts. 489 y 490) y se falla la contienda apreciando la acción, las excepciones y la prueba (arts. 491 y 193).

Lo mismo pasa en el juicio ordinario, eso si que con más trámites.

Si el deudor no comparece ó no pone excepciones, ¿qué se hará?

Se pronunciará sentencia de pago ó de remate, dice el artículo 493.

¿Y qué se resolverá en ese fallo?

Hay una acción deducida, hay documentos presentados, hay un decreto de tramitación necesaria, el demandado ha guardado silencio ¿qué objeto tiene la sentencia?

La sentencia debe ajustarse á lo que disponen los artículos 167 y 193, debe fallar con el mérito de autos la acción deducida y debe, por lo tanto, apreciar la prueba rendida por el actor.

Si está justificado el derecho en que se funda la acción, mandará que se lleve adelante la ejecución hasta que el acreedor se pague del capital, intereses y costas; pero si no aparece probado el derecho, se renovará la ejecución y se alzará el embargo.

Lo mismo que se haría en el juicio ordinario, si el deudor no compareciere.

El silencio del deudor no es fundamento para condenarle; según una ley de Partida, quien callaba no otorgaba sino que no decía nada.

La apreciación que el Juez hizo al decretar el mandamiento no es definitiva, no envuelve

una sentencia, no es un prejuzgamiento: es como esa estimación que autoriza al Juez para aceptar una medida precautoria en el juicio civil ordinario y que autoriza al Juez del Crimen para decretar la prisión.

La medida de precaución puede reconsiderarse y el reo puede ser absuelto por el mismo Juez, sin otros antecedentes.

Alegar lo contrario, sería sostener que no se necesita sentencia de remate ó de pago si el deudor ó ejecutado no ha opuesto excepciones.

Y esto que vengo sosteniendo es más lógico y equitativo de lo que se cree.

Si el ejecutado no opone excepciones, la sentencia de pago ó de remate puede dictarse diez días después de requerido el deudor.

De manera que si el deudor está cierto de que no es efectiva la acción, tiene revocada la ejecución dentro de diez días, esto es, en un término mucho más breve que el necesario para que se falle su apelación del decreto que despachó mandamiento.

Si el Juez fallare mal, si insistiera en la ejecución, apelaría de la sentencia y aún en este caso habría ganado tiempo seguramente.

El artículo 496 resguarda su derecho hasta que se resuelva sobre la apelación de la sentencia.

Si el ejecutado apela de la setencia de pago, ¿qué resolverían los que creen que no se puede revocar la ejecución, si no se han opuesto excepciones? ¿Se limitarían á confirmar?

Aseguraría que nó.

En este caso no sólo se ha apelado de la sentencia sino que se han hecho observaciones sobre el mérito ejecutivo del documento en que se funda el actor.

El documento que sirve de base á la ejecución dice textualmente:

"Traspaso número 1122.—Sociedad Chilena de Amalgamación.—Señor gerente:

Sírvase recabar del Director de la Sociedad la autorización necesaria para traspasar diez acciones de mi propiedad, según el título número....., que he enajenado á don Miguel de la Barra.—Santiago, 12 de febrero de 1906. —(Firma)—*D. Aguirre*, vendedor.

Testigos: (Firma). — *Adolfo Amengual.* — *Luis Demaud Vergara.*

Por la presente, acepto el traspaso de las acciones arriba mencionadas, obligándome á cumplir con todo lo prescrito por los estatutos sociales.

Testigos: (Firma). — *A. A. Goyenechea* — (Firma).—*M. de la Barra C.*, comprador.

Aceptado por el directorio en..... de ..... de 190..... El gerente.

Se canceló el título número..... por ..... acciones.

Santiago..... de..... de 190.....—El gerente.

Se demanda la suma de $ 1.520 porque en esta cantidad se han regulado las diez acciones de la Sociedad Chilena de Amalgamación por el perito tasador don Aníbal Martinez.

Si bien en el documento trascrito aparece la firma del ejecutado y si bien éste lo ha reconocido en la diligencia, la declaración suscrita por esa firma no importa una obligación de dar, que es la demandada, y se ha negado, además, la existencia del contrato mismo

Por consiguiente, *no* está acreditado el derecho en que se funda la acción ejecutiva.

Por lo expuesto, juzgo que corresponde declarar improcedente la apelación del decreto de 5 de junio, y revocar la sentencia de 27 de junio, declarando que no ha lugar á la ejecución y alzando el embargo, con costas.

El hecho de que se llegue al mismo resultado revocando el mandamiento, no autoriza, en mi opinión, dar vida á la práctica desterrada ya por nuestro Código.

Santiago, 17 de diciembre de 1906.—*Daniberto Lagos.*

Corte de Concepción.—11 de diciembre de 1906

Melita Benjamín con Melita Juan y otros

Indígena.—Estado civil: posesión notoria.—Hijo

DOCTRINA:— *La posesión notoria de estado de padre, madre, marido, mujer*

hijo, debe tenerse como título bastante para constituir á favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes en favor de los padres, cónyuges é hijos legítimos, en virtud de lo dispuesto por la ley de 4 de agosto de 1874.

Por consiguiente, reconocida la calidad de indígena del demandante le basta probar la posesión notoria del estado de hijo de la mujer cuya herencia reclama, aunque no pruebe quien fué su padre, para que se le declare como heredero legítimo de su madre y como legítimo representante de ésta en la sucesión de su abuelo.

Don Nicolás Fernández, como guardador general del menor José Benjamín Melita, hace presente que su pupilo es hijo de Pascuala Melita que murió hace como quince años, quedando por esta causa al lado de su abuelo Manuel Melita, muerto también á la fecha.

Como al fallecimiento de este último sus bienes pasaron á sus descendientes, la distribución ha debido hacerse entre sus hijos José, Juan, Luis y Pascuala Melita, representada ésta por José Benjamín, su pupilo, en virtud del derecho que le concede la ley.

Los tres primeros se han considerado, sin embargo, los únicos herederos y se han negado á darle no sólo la parte de la herencia que le corresponde como descendiente de Manuel Melita, sino también á hacerle entrega de los bienes dejados por su madre Pascuala Melita, los cuales indiscutiblemete le pertenecen.

A causa de que los indígenas viven según sus ritos y costumbres y conforme á ellos celebran sus matrimonios y no con arreglo á las leyes del país, no puede establecer la calidad de hijo de su representado de Pascuala Melita con partida escrita, pero sí lo hará con prueba testimonial que rendirá á su debido tiempo, y acreditado ese hecho, estima que es incuestionable que á su representado le corresponde tomar parte como heredero en los bienes dejados por el citado Manuel Melita, conforme al artículo 9º de la ley de 4 de agosto de 1874 y al artículo 7º de la ley de 4 de diciembre de 1866.

Fundado en estos antecedentes, entabló demanda de petición de herencia á nombre de su citado pupilo José Benjamín Melita contra José, Juan y Luis Melita, para que se declarara:

1º Que los demandados deben entregarle la parte que le corresponde en el fundo "Cuyanco" como heredero de su abuelo Manuel Melita; y

2º Que deben hacerle entrega de los animales que dejó su madre Pascuala Melita, con los aumentos habidos desde la fecha de su fallecimiento hasta el presente.

Contestando la demanda José Luis, José y Juan Melita piden que no se dé lugar á ella por los motivos que pasan á exponer:

Es cierto, dicen, que Pascuala Melita es nuestra hermana; pero no es cierto que Benjamín Melita sea hijo de ella, porque, aparte de que jamás lo dió á conocer en ese carácter, hay todavía la circunstancia de que nuestra hermana murió soltera en la fecha que se indica en la demanda, según nos ha de ser fácil acreditar.

En rebeldía del demandante acusada por los demandados seis años después, se dió por evacuado el trámite y se recibió la causa á prueba, rindiéndose la que corre en autos.

Se citó para sentencia, pronunciándose la siguiente, con fecha 22 de agosto de 1903, por el juzgado de Lebu:

Considerando:

1º Que consta de la partida de nacimiento compulsada, mandada dar con citación por decreto de 2 de diciembre de 1901, que José Benjamín Melita es hijo natural de Pascuala Melita y de padre no conocido;

2º Que con la prueba testimonial rendida se ha establecido que Pascuala Melita, madre de José Benjamín Melita, murió soltera, según lo expresan los testigos al contestar á la pregunta 2ª del interrogatorio; hecho que también confirma la prueba del demandante, pues aparte de no expresar en todo el curso

del juicio que Pascuala Melita fuese casada, se limita á probar que José Benjamín Melita es hijo de Pascuala Melita sin indicar el padre;

3º Que aún para establecer esto el demandante, prestan algunos de los testigos presentados por él declaraciones erradas, como se ve en la de Emilio Contreras y Francisco Veloso, contestando á la pregunta cuarta del interrogatorio;

4º Que para que tenga lugar el derecho de representación es necesario que el que la asume sea descendiente legítimo de la persona cuyo lugar pretende ocupar, conforme á lo dispuesto en el artículo 986 del Código Civil; y

5º Que el hecho de ser indígena el demandante, lo que no se ha probado, no puede alterar la disposición legal antes citada y no tienen aplicación al caso los artículos 9º de la ley de 4 de agosto de 1874 y 7º de la de 4 de diciembre de 1866, porque estas leyes se hallan derogadas por la de 13 de octubre de 1876 en lo que se refiere al departamento de Lebu.

Visto lo dispuesto en los artículos 986, inciso 2º, ya citado, y 1698 del Código Civil y 374 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve: que no ha lugar á la demanda en ninguna de sus partes, con costas, en que se condena al demandante.

No se cumple con la designación que prescribe el artículo 193 del Código de Procedimiento Civil por no haber presentado las partes escrito alguno desde la vigencia de este Código.—*Francisco Rosende*.

Apelada esta resolución,

La Corte:

Reproduciendo la parte expositiva de la sentencia de primera instancia; ampliando dicha exposición en el sentido de que en la demanda se contiene además la siguiente petición: que se condene á los demandados á la entrega de seis bueyes y cinco novillos y sus jornales en los quince años que van trascurridos desde la muerte de Pascuala Melita y á la entrega de diez vacas y cinco vaquillas, con sus frutos naturales producidos durante los mismos quince años, según lo prescrito en los artículos 446, inciso 3º, y 647 del Código Civil; y

Considerando:

1º Que este juicio tiene por objeto que se declare, además de lo que queda expuesto, que Benjamín Melita, en su calidad de indígena, es sucesor legítimo de su madre Pascuala Melita, tanto para el efecto de reclamar la herencia directa de ésta, en la forma que se indica en la misma demanda, como para representarla en la de su padre Manuel Melita;

2º Que la calidad de indígena que se atribuye al demandante no sólo no le ha sido negada por los demandados, sino que éstos la han reconocido de un modo expreso durante el juicio, y muy especialmente en el alegato de bien probado;

3º Que las partes están de acuerdo en que Manuel Melita, ya muerto, tuvo cuatro hijos legítimos, según el rito indígena: Pascuala Melita y los tres demandados; pero éstos niegan que el demandado sea hijo de la referida Pascuala, con derecho á la sucesión y á representarla en la de su padre Manuel Melita, y se fundan en que no sólo jamás lo dió á conocer en el carácter de hijo, sino que además hay la circunstancia de que Pascuala murió soltera;

4º Que la ley de 4 de agosto de 1874 dispone en su artículo 9º lo siguiente: "La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer ó hijo, se tendrá como título bastante para constituir á favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes en favor de los *padres, cónyuges é hijos legítimos*";

5º Que atendidos los términos claros de la disposición legal trascrita, que no ha derogado para el departamento de Lebu la ley de 13 de octubre de 1875, pues la derogación prescrita por el artículo 14 de esa ley se refiere á ciertas prohibiciones de que aquí no se trata, basta que un indígena justifique la posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer ó hijo para constituir á su favor *los mismos derechos hereditarios* que en

tablecen las leyes comunes á favor de los padres, cónyuges *é hijos legítimos*;

6º Que por parte de Benjamín Melita se ha acreditado, al tenor del interrogatorio y con abundante prueba, que es hijo de Pascuala Melita, ya muerta, quien lo crió con todas las consideraciones de tal, dándole á conocer siempre en este carácter á sus parientes y extraños; que Manuel Melita lo reconoció como su nieto más querido y como tal lo presentaba á sus relaciones y amigos, dejándolo á su muerte en su propia casa, la que continuó ocupando hasta marzo de 1901, en que manos criminales la incendiaron; pero que antes de un mes volvió á levantar otra en el mismo sitio y sin que nadie se lo impidiera; que desde el fallecimiento de su abuelo ha poseído y posee tranquilamente en común con los demás accionistas el fundo "Cerro Alto" y "Cullinco", ejecutando en él todos los actos á que le da derecho su calidad de dueño comunero; y por fin, que la generalidad de los vecinos del lugar han reconocido y reconocen al demandante como hijo de Pascuala Melita y nieto de Manuel Melita;

7º Que la prueba rendida por el demandante, que aparece corroborada por la rendida por los demandados, es bastante para dar por establecido que el mencionado demandante Benjamín Melita ha tenido la posesión notoria del estado de hijo de Pascuala Melita y de nieto de Manuel Melita, la cual, atendidos los términos del artículo 9º de la ley de 4 de agosto de 1874, basta para que se le declare como heredero legítimo de Pascuala Melita y como legítimo representante de ésta en la sucesión de su abuelo Manuel Melita;

8º Que si bien el demandante ha justificado que á la muerte de su madre Pascuala Melita quedaron en poder de su abuelo Manuel Melita algunos animales, los cuales pasaron á poder de los demandados después del fallecimiento de éste, no ha comprobado cuántos fueron esos animales, en términos de que se pueda dar sentencia cierta sobre el particular; y que además la petición relativa á la entrega de los mismos animales es por su naturaleza más propia del respectivo juicio de partición que del actual.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo prescrito en las disposiciones citadas y artículos 980, 983, 984, 985, 986, 1264 y 1698 del Código Civil; 151, 373 y 374 del Código de Procedimiento Civil, y 176, número 2º, de la Ley Orgánica de Tribunales, se declara: que ha lugar á la demanda menos en cuanto se pide la entrega de los animales y frutos de que se hace mérito en la misma demanda, reservándose á este respecto sus derechos al demandante para que los haga valer en la respectiva partición ó como mejor viere convenirle.

Se revoca en lo contrario á ésta la sentencia de 22 de agosto de 1903.

Se deja constancia de que esta sentencia se pronuncia sólo por los Ministros que la firman, conforme á lo prescrito en el artículo 182 del Código de Procedimiento Civil, por encontrarse enfermo é imposibilitado para asistir al Tribunal el señor Ministro Parga que también concurrió á la vista de la causa.

Redactada por el Presidente Figueroa Lagos.—*Ezequiel Figueroa Lagos.— E. Fuentes R. —Ramón Navarro O.*

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Obligaciones y contratos especiales

Por M. René Demogue

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

OBLIGACIONES EN GENERAL

Efectos de las obligaciones

Irresponsabilidad de una persona que ha ejecutado un acto de acuerdo con las instrucciones de un médico.—Una persona que no obra sino bajo la fe de las afirmaciones de un médico no es responsable del perjuicio que ha podido producirse en estas condiciones. En este sentido la Corte de Lyon, el 8 de diciembre de 1905 (*La Loi* del 8 de abril de 1906), ha declarado irresponsable á un director de una oficina de nodrizas, por haber confiado, conforme al parecer de un médico, comisionado por el prefecto, un niño á una nodriza, y haber sido ésta después contaminada por la enfermedad de que estaba atacado el niño.

La irresponsabilidad médica, que es admitida en principio, tiene, pues, por consecuencia, la irresponsabilidad de los que han seguido la opinión de un médico.

Efectos de la condición potestativa.—Un veterinario emplea á una persona como ayudante: se proyecta una asociación entre ellos y se conviene que en caso que la asociación proyectada no pueda realizarse, el ayudante se compromete á no establecerse en la comuna en que está empleado.

La Corte de Aix, el 15 de noviembre de 1905 (*Le Droit*, 14 de marzo 1906), ha anulado esta obligación por el motivo siguiente: "la obligación estaba subordinada á la condición de que la asociación que debería celebrarse no se realizara; esta condición aparecía pues como potestativa de parte del deudor". La obligación dependía de la no realización del contrato; pero el contrato en el hecho sólo podía realizarse, según lo constata la Corte, si el veterinario daba pruebas de equidad, de moderación en la fijación de las condiciones de la sociedad. Nos parece que la Corte ha desconocido completamente la teoría no discutida de la condición potestativa. La sola condición que anula el contrato es la condición puramente potestativa de parte del deudor. ¿Era este el caso cuando, como lo dice la sentencia, la decisión del ayudante sería influenciada por las condiciones que le impusiera su patrón para asociarlo? La Corte ha sido dominada por el hecho, que constata, de que el patrón había usado muy ampliamente de la superioridad de la experiencia y de la edad para imponer un contrato que le era provechoso. Pero es completamente inexacto fun-

dar en esto la anulación de un contrato sobre la idea de condición potestativa.

Del curso de los intereses á consecuencia de un requerimiento judicial.—Una nueva sentencia de la Corte de Casación (Req. 13 feb. 1905, S. 1906, 1. 78) afirma más el principio de que la demanda judicial hace correr los intereses de una deuda exigible aun cuando no sea líquida (V. también Cas. 8 de junio de 1896, S. 97. 1. 178). Solamente conviene notar la manera bastante criticable como está fundado el presente fallo: la Corte considera el crédito ilíquido como sometido á una condición suspensiva cuya realización ha tenido por efecto hacer la deuda cierta en su existencia en el día del contrato. Nos parece que no es justo hablar de retroactividad de la condición, pues la liquidación de un credito no es una condición. Es una formalidad indispensable á ciertas deudas para que puedan ser pagadas. El no ser líquidas es un estado de hecho y no un estado de derecho, como el de un crédito condicional.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Efectos de la subrogación personal.—La subrogación personal no tiene sólo por efecto colocar al acreedor subrogado en una situación más ventajosa, sino que le confiere todos los derechos que correspondían al acreedor subrogante. La Corte de Lyon ha deducido de esto la siguiente consecuencia, que parece nueva:

Un acreedor tiene muchos deudores solidarios, que han afectado hipotecariamente ciertos inmuebles al pago de la deuda. Otro acreedor había hecho anteriormente un préstamo á los mismos deudores solidarios con la misma garantía, pero uno de ellos le había hipotecado además ciertos bienes particulares. El acreedor posterior pidió y obtuvo la subrogación. Después de lo cual se dirigió contra uno de los codeudores por su antiguo crédito únicamente, y obtuvo el pago casi íntegro; después quiso dirigirse contra el deudor que había dado una hipoteca especial y obtener el pago del crédito en que estaba subrogado; este procedimiento le permitía hacerse pagar primero el crédito menos garantido, y hacerse pagar después el que tenía garantías especiales. Esta manera de obrar, que resulta de la combinación de los efectos de la subrogación y del derecho del acreedor que tiene hipoteca sobre muchos inmuebles de proceder contra el que le conviene, ha sido declarada válida (Lyon, 8 feb. 1906, *Le Droit*, 7 abril, 1906, *La Loi* de 18 abril).

¿Es la huelga un caso de fuerza mayor?—Hay una jurisprudencia bien establecida de que la huelga constituye un caso de fuerza mayor sólo cuando es general (V. *Revue*, 1904, págs. 567 y 429). La Corte de Casación, invocándola en una sentencia de 31 de octubre de 1905 (*Le Droit* de 11 de marzo de 1906) la ha precisado en un nuevo aspecto ¿Cuál es el alcance de un contrato de descarga que prevé que el trabajo no podrá tener lugar "los domingos y días de fiesta legal y los días de huelga de obreros?" Los contratantes, dice la Corte, no han considerado evidentemente una huelga cualquiera, sino la que, presentando los caracteres de una fuerza mayor ó de un caso fortuito, impidiera al deudor hacer aquello á que estaba obligado. Esta interpretación que por otra parte era inútil, por constituir en el hecho la huelga de que se trataba un caso de fuerza mayor, nos parece criticable.

CONTRATOS ESPECIALES

DE LA VENTA

De los créditos accesorios de un derecho de propiedad.—Ya hemos hecho notar (V. *Revue*, 1906, pág. 168) que la jurisprudencia admite que un crédito puede ser accesorio de un derecho de propiedad y transferirse con él, sin que sea necesaria ninguna notificación, al menos cuando este crédito es puramente eventual. Esta teoría, aplicada ya á la acción de garantía contra los antiguos vendedores de inmueble, á la acción de concurrencia desleal contra un antiguo empleado de una casa de comercio, ha sido extendida por la Corte de París el 11 de enero de 1906 (*Gaz. du Palais* de 18 de febrero) á la acción contra el arquitecto de un edificio, con motivo de los vicios de construcción (V. en el mismo sentido, Nar

cy, 23 de enero de 1830, D., v° *Vente*, número 656, y Rennes, 9 de abril de 1870, D. 72. 2. 110). Es cierto que en la especie se negó á tomar en cuenta este principio, con motivo de que, por haber sido ya intentada la acción de garantía, las partes no habían podido entender que la cedían al comprador del inmueble.

ARRENDAMIENTO

Responsabilidad del arrendatario en caso de incendio.—Cuando se ha establecido que el incendio ha estallado en el departamento de un arrendatario, éste es responsable del incendio entero y no sólo del incendio de la parte del inmueble que ocupa. Esta solución, discutida en doctrina, es hoy cierta en jurisprudencia. Ha sido sostenida á menudo cuando el inmueble es ocupado sólo por arrendatarios, y nó por el propietario en parte alguna; pero el último fallo en este sentido data ya de algunos años; es una sentencia de la Corte de París de 11 de abril de 1895 (*Journ. des assurances*, 96. 1). En la hipótesis de que el inmueble esté ocupado en parte por el propietario, no hay más resolución en este sentido que una sentencia de Bordeaux de 11 de diciembre de 1891 (*Rec. de Bordeaux*, 92. 1 23). La misma solución ha sido dada por la Corte de Poitiers el 13 de febrero de 1906 (*La Loi* de 8 de abril).

Derecho del arrendatario para colocar avisos en los muros exteriores. — Una sentencia de la Corte de Nancy de 10 de febrero de 1906 (*Gaz. du Palais* de 24 de abril) se conforma á los fallos de los tribunales que hemos anotado (v. *Revue*, 1904, p. 432 y 570), sobre el derecho del arrendatario para colocar avisos en los muros exteriores de su inmueble. Admite que el arrendatario de una casa puede utilizar la fachada para el distintivo de su comercio, pero que no puede colocar en ella avisos extraños á su profesión, que hay en esto un uso anormal del inmueble que puede depreciarlo y desacreditarlo. Es lo mismo que habían resuelto anteriormente los fallos del tribunal de Saint-Etienne de 8 de febrero de 1899 y del tribunal de Périgueux de 31 de mayo de 1900 (*Revue*, 1904, p. 432).

SOCIEDAD

Del derecho de terceros contra una sociedad cuando el asociado ha obrado excediendo sus poderes. — La práctica tiende más y más á considerar que, tratando con un tercero que se presenta como mandatario ó como gerente de una sociedad, se puede proceder contra el mandante ó contra la sociedad, aún cuando el representante con quien se ha tratado ha excedido sus poderes. En este sentido, citaremos un fallo de la Corte de Bordeaux de 22 de enero de 1906 (*Le Droit*, 2 y 3 de abril) que ha resuelto que una sociedad estaba obligada cuando uno de los asociados, que no tenía facultad para usar por sí sólo la firma social, había contratado diversos préstamos, sea firmando con su nombre ó con la firma social, y estando el prestamista de buena fe. La Corte establece además el hecho característico de que el dinero había entrado á la caja social. Se podía decir, pues, que la sociedad estaba obligada *de in rem verso*. Pero agrega la Corte, lo que parece más discutible, que la regla del pacto de sociedad sobre el empleo de la forma social ha recibido de las partes que habían concurrido á su formación una interpretación equivalente en el hecho á su supresión, y que entonces no es admisible que los asociados se quejen de la violación del pacto social. ¿Cómo un cierto número de violaciones del pacto social puede tener por efecto validar las otras?

CONTRATOS ALEATORIOS

¿Cuándo puede decirse que una persona ha muerto de una enfermenad, si murió después de una operación? — La moda de practicar operaciones hasta el último extremo, hace de aplicación delicada el artículo 1975, que anula la renta vitalicia cuando el acreedor muere dentro de los veinte días siguientes al contrato de la enfermedad de que estaba atacado. El Tribunal del Sena ha resuelto el 20 de noviembre de 1905 (*Le Droit*, 11 de marzo de 1906, que no había nulidad por haber muerto el acreedor á consecuencia de la operación de apendicitis, no habiendo sido atacado por la enfermedad sino después del contrato. El mis-

mo tribunal había resuelto ya en el mismo sentido, á propósito de una operación que no era en manera alguna necesaria y que, intentada para aliviar al enfermo, había causado su muerte. (Trib. Sena, 22 abril 1904, *Le Droit* de 28 de abril). En sentido contrario ha resuelto la Corte de París, el 20 de diciembre de 1905 (*Le Droit* de 11 de marzo de 1906), que había nulidad si una persona había muerto á consecuencia de una operación juzgada necesaria para conservar su vida, por tratarse de un hecho que era ordinariamente consecutivo de una operación. Así pues, el artículo 1975 se aplicará á causas de muerte que han sido simplemente ocasionadas por una operación y, como lo dice la Corte, "los riesgos de mal éxito ó de complicaciones operatorias se confunden con los riesgos semejantes ó aún más sérios de la enfermedad".

MANDATO

La revocación de un mandato ¿expone al mandante á una indemnización?—Una persona es representante de otra. ¿Puede ésta revocar el mandato á su arbitrio? Hay en la jurisprudencia una tendencia más y más marcada á conceder una indemnización al mandatario despedido sin motivo legítimo, al cual se ha causado un perjuicio injusto. (Lyon 6 abril 1893, D. 95. 2. 431, y una sentencia menos clara de Douai, 20 abril 1891, D. 92. 2. 51). Una sentencia de la Sala de Admisibilidad de 5 de diciembre de 1904, sin ser muy clara, contribuirá sin duda á acentuar esta jurisprudencia equitativa. Ha aprobado como soberana la resolución de una Corte de Apelaciones que había condenado á un patrón á una indemnización por haber despedido sin razón á un representante que había contratado por un año. Es cierto que el argumento sacado del carácter revocable del mandato fué invocado por primera vez ante la Corte de Casación, que debió rechazarlo por este motivo.

Por lo demás, no podrían estorbar esta tendencia los fallos en sentido contrario de 10 de noviembre de 1891, S. 91. 1. 529, y de 18 de julio de 1892, S. 92. 1. 337; pues han recaído en hipótesis en que el contrato otorgaba formalmente al mandante el derecho de revocar en cualquier momento el mandato, en la especie un agente de seguros.

Efecto de la muerte del mandatario en el mandato.—El mandato termina por la muerte del mandatario. Pero si se han continuado los negocios de éste y el mandante continúa sus relaciones con el sucesor, éste sucede en los derechos y obligaciones del anterior mandatario. Por consiguiente, no es contra los herederos de este último contra quien deben dirigirse las reclamaciones relativas á los objetos entregados á su autor. Hay en esto, pues, una verdadera cesión de contrato, más bien que una extinción del contrato. Y así se encuentra suavizada, puesta en relación con las necesidades prácticas, la disposicion del artículo 2003 del Código Civil. Es esto lo que se desprende de un fallo del Tribunal del Sena, de 24 de mayo de 1905 (*Pand.* fr. 1906, 2. 69), que ha considerado á los herederos de un comisionista no responsables de los objetos enviados á su autor para ser vendidos, por haber continuado el mandante relaciones de negocios con el sucesor del difunto.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Propiedad y derechos reales

por M. Emmanuel Lévy

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon

MEDIANERÍA

La medianería de un muro entre vecinos se presume, y esta presunción no cesa sino cuando hay un título ó una señal de lo contrario, (art. 653 Cód. Civ.) Pero la prescripción de treinta años hace desaparecer la presunción del artículo 653.—Cas. civ., 8 nov. 1905 (*Le Droit*, 12 y 13 de marzo de 1906).

Esta corrección al artículo 653 es enseñada en doctrina (*Aubry et Rau*, 5ª edic., t. II, § 222, p. 600 y sigt.; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, núm. 948, p. 650; Demolombe, t. II, núm. 366).—También es admitida por la jurisprudencia (Dalloz, C. civ. anotado, art. 653 núms. 29 y sgtes).

HIPOTECAS.—INSCRIPCIÓN

La inscripción hipotecaria que contiene en la designación del inmueble hipotecado un error que puede inducir á engaño á los terceros, debe ser declarada nula respecto á los acreedores que han practicado posteriormente una inscripción: "Considerando que el acreedor hipotecario no tiene rigorosamente que verificar sino los títulos de propiedad de los inmuebles que se le da en garantía", sin que pueda oponérsele una cuestión de buena fe.

Y el acreedor cuya hipoteca ha sido comprometida por esta designación errónea carece de recurso contra el conservador de hipotecas, cuando en los decumentos estaba mal escrita la cifra que indicaba el número de la casa hipotecada. El papel del conservador es, en efecto, puramente pasivo; se limita á hacer mención en el registro del contenido del documento; no tiene por qué constituirse en juez de este contenido, no puede retardar la inscripción con averiguaciones que tengan por objeto suplir á las indicaciones que se le proporcionan (Rennes, 27 julio 1905, *Gazette du Palais*, 25-26 febrero 1906) Cf. sobre el segundo punto: Cas , 26 abril 1882 (D. 82-1-331).

SERVIDUMBRES

El propietario del fundo gravado con una servidumbre de tránsito puede cerrar el paso por medio de puertas y barreras, á condición solamente de que no resulte de ello para el fundo dominante un estorbo que haga demasiado difícil el ejercicio de su derecho de tránsito. Corresponde, por otra parte, al juez, á falta de título, determinar en qué condiciones puede hacerse este cerramiento, tomando en cuenta ante todo la naturaleza y la situación

de los inmuebles. En todo caso es preciso que haya verdadero tránsito; en la especie el juez, resolviendo el hecho soberanamente, decide que la cerca no podría cerrarse durante el día tratándose del tránsito que dá accceso á la vía pública á una casa habitación; y que si la cerca puede ser cerrada durante la noche, es á condición de que se entregue una llave al propietario del fundo dominante, debiendo éste, si se sirve de ella en la noche, cerrar la cerca después de haber pasado (Rouen, 9 dicbre. 1905, *Le Droit*, 12 abr. 1906).

Es, en efecto, una cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde á los tribunales, saber si un cerramiento hace imposible ó demasiado incómodo el ejercicio de una servidumbre. (Dalloz *Jur. gen, Suppl.* v° *Servitude*, número 129).

Obligaciones y contratos especiales

Por M. René Demogue

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

OBLIGACIONES EN GENERAL

Condiciones de existencia de las obligaciones delictuosas

Recurso de un asegurador contra el autor del siniestro.—Se inclina hoy más á admitir que la Compañía de seguros no tiene en general recurso contra el autor del siniestro que ha dado lugar al pago de la indemnización prometida. Ver el artículo de M. Capitante, *Revue*, 1906, p. 3 (1). Citaremos en este sentido un fallo del tribunal civil de Nice, de 3 de noviembre de 1905 (*Pand fr.* 1906. 2. 101), que ha declarado que una compañía de seguros contra accidentes no puede proceder contra el autor del accidente.

Extensión de la responsabilidad del comitente.—El comitente es responsable del delito de su dependiente, aun cuando éste haya abusado de sus funciones. Pero un conductor de automóvil sale con su vehículo, á pesar de la orden formal de su jefe, llevando consigo [illegible] *chauffer*. Ocurre un accidente y éste [illegible] es herido. ¿Puede reclamar una indem[illegible] ción al propietario del vehículo, diciendo [illegible] es responsable aun del acto abusivo de su [illegible] pendiente? Nó, ha dicho la sala crimina[illegible] la Corte de Casación el 12 de diciembre [illegible] 1903 (S. 1906. 1. 150). El tercero, al subir [illegible] vehículo, ha entendido confiarse nó al dep[illegible] diente del propietario, sino al dependi[illegible] que obra por su propia cuenta; no podría re[illegible] clamar una indemnización por el perjuicio [illegible] ha podido causarle la falta personal d[illegible] *chauffer*. Nos parece que este argumento [illegible] justifica muy bien una solución en sí m[illegible] exacta y muy equitativa, pues es difícil a[illegible] tir que la intención de las partes pueda [illegible] tar la responsabilidad legal del artículo 1[illegible], tanto más cuanto que este artículo se a[illegible] seguramente aun cuando se haya ignora[illegible] en el momento del accidente la calidad de [illegible] pendiente de su autor. Si un obrero hiere [illegible] una persona, ésta podrá exigir una indemn[illegible] zación á su patrón, aun cuando haya cré[illegible] al ocurrir el hecho culpable, que se trata[illegible] de un obrero libre que trabajaba por su pro[illegible] pia cuenta. Había sido más exacto, en nues[illegible] tra opinión, decir, que el tercero, habien[illegible] tenido conocimiento de la desobediencia [illegible] *chauffer*, se había hecho cómplice al subir e[illegible] el vehículo. Pues bien, cómplice de la cul[illegible] del dependiente, no podía exigir una inde[illegible] nización al patrón.

Por lo demás, la jurisprudencia había llega[illegible] do ya en un caso análogo á rechazar la re[illegible] ponsabilidad del patrón, diciendo que ha[illegible] en ello un acto del dependiente fuera del ej[illegible] cicio de sus funciones (V. Cas. 3 marzo 1[illegible] p. 85. 1. 21).

Condiciones de aplicación de la acción [illegible] in rem verso.—La acción *de in rem* vers[illegible] sido estudiada desde hace muy poco tie[illegible] para que no sea susceptible de presenta[illegible] todavía muchas veces bajo nuevos aspec[illegible] La Corte de Lyon (11 de enero de 190[illegible] 1906. 2. 132) ha examinado el caso siguiente: Un acreedor recibe en prenda sedas en bru[illegible] que son trabajadas por un industrial, lo qu[illegible] aumenta su valor. El deudor aprovecha [illegible] ello para hacer aumentar su crédito, y fina[illegible]

(1) V. Revista de Derecho y Jurisprudencia, año III, primera parte, pág. 201.

mente el crédito no es totalmente pagado. ¿Puede el industrial proceder contra el acreedor *de in rem verso*? El tribunal no lo ha admitido, diciendo que, para apreciar si ha habido enriquecimiento, hay que colocarse no en el día en que se han producido los hechos que originaron el litigio, sino en el día en que se entabló la acción. Este argumento es exacto en sí; pero, ¿hay que aplicarlo aún cuando el enriquecimiento ha desaparecido por el hecho del enriquecido que ha hecho al deudor nuevos préstamos? Si la transformación de la prenda permitía al acreedor obtener el pago íntegro de la primera deuda que sin esto no había alcanzado, ¿no es justo que deba lo *in rem versum*, aun si su improcedencia lo ha conducido á prestar nuevamente dinero?

CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

De los contratos por otros.—El Código Civil y la doctrina han examinado la cuestión de las promesas y la de las estipulaciones por otro. Al lado de estas hipótesis hay otra que se ha presentado recientemente: del contrato por otro. Ella es frecuente en los seguros contra accidentes donde á menudo se dice que el contrato obliga no solamente al asegurado, sino también á sus representantes y causa habientes y que, en caso de venta el asegurado se obliga á hacer firmar á su adquirente una transferencia del contrato de que se trata. Hay á la vez estipulación y promesa por otro. En este caso, ha resuelto muy bien el tribunal de comercio del Sena el 26 de noviembre de 1904 (*Pand fr.* 1906. 2. 130) las obligaciones y los derechos corresponden al cesionario desde el instante de su adquisición cuando como en la especie, el contrato de venta exprese que los adquirentes continuarán el contrato de seguro.

¿Pero esta regla se aplica también al caso en que la póliza exprese que el asegurado se compromete en caso de venta, á hacer firmar á otro dentro de ocho días, y se establece que el contrato no producirá efecto para el asegurador sino desde esta firma?

Si, ha dicho el mismo fallo. Esta cláusula establece solamente una formalidad para poner la venta en conocimiento del asegurador. Por consiguiente, encontrándose transferido el contrato de seguro por la sola venta de la explotación, el asegurador responde de los accidentes sobrevenidos entre el momento de esta venta y la firma. Creemos que esta es una interpretación muy equitativa de una de esas disposiciones oscuras, cuyo secreto poseen las compañías de seguro y que ellas emplean en ocasiones para rehusar el pago de las indemnizaciones.

De una falsa indicación de nombre en un seguro contra incendio.—Los pleitos que interponen los aseguradores no tienen desgraciadamente algunas veces más igualdad que la facilidad con la cual los acojen los tribunales. Una señora Gattus Carmela v. de Genoaldi tomó un seguro contra incendio. Completamente iletrada, hizo firmar la póliza por su sobrina. Esta póliza está redactada á nombre de M. Gathuso Carmela, sin embargo de que el nombre Carmela sea exclusivamente femenino. El tribunal del Sena, el 29 de junio de 1905, ha declarado nulo el contrato, pues no habiéndose probado que el error sea imputable á la Compañía, "el asegurado pudo fácilmente, dirigiéndose á personas experimentadas, hacer verificar el contenido de su contrato y obtener la rectificación de las enunciaciones que figurasen equivocadas. En materia de seguro, agrega por último el tribunal, la consideración de la persona con la cual contrata el asegurador constituye un elemento esencial de la convención" ¿Donde se puede encontrar un contrato en que el *intuitus personæ* aparezca ménos que en el seguro contra incendio? Que importancia presenta el hecho de que el asegurado sea hombre ó mujer?

PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

De la forma en que un tribunal debe hacer prestar el juramento decisorio.—Un fallo de la Corte de Chambery del 3 de febrero de 1902 (D. 1906. 2. 177) establece de manera muy clara el principio de que el Tribunal no puede modificar el juramento que una parte defiere á la otra, porque en suma el juramento deferido es una promesa de transacción.

Las solas modificaciones que se pueden introducir son los cambios de forma para dar mayor claridad al juramento.

La Corte de Chambery ha ido aún más lejos y declarado que el litigante puede apelar en el caso que la otra parte, habiendo prestado el juramento, pretenda que se trata no de una transacción ofrecida por una de las partes á la otra, sino de otra sustituida por el juez.

La Corte de Casación había fallado en otra oportunidad lo contrario (Cas. 8 dic. 1829, D. v° *Oblig.*, núm. 5278) pero cuando la parte había aceptado esta nueva forma de juramento.

MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES

¿Cuál es el efecto de una resolución de una venta con respecto á los edificios construidos por el comprador? Una sentencia del Tribunal del Sena del 26 de Diciembre de 1904 (D. 1906. 2. 167), conforme á la solución dada por la Corte de Besançon el 17 de marzo de 1897 (D. 98.2.211) asimila al comprador á un poseedor de mala fe y declara que se le puede exigir la demolición de las construcciones. Pero esta solución le ha parecido tan poco equitativa que no ha osado llevar las consecuencias lógicas hasta el final y admitir que debería entregarse el inmueble en el estado anterior. Esta consecuencia de la retroactividad de la condición se impone, sin embargo, si se le admite como un principio absoluto. Y, si se la rechaza, tendería á probarse que no debe ser aplicada sino en una medida que debe determinarse. (V. sobre este punto *Revue*, 1906, p. 297 y sig.) En todo caso la cuestión provocada por esas decisiones parece poco más ó menos ignorada de la doctrina y de la jurisprudencia (V. sin embargo Larombière, artículo 1183, número 58, y un fallo de Burdeos del 17 de enero 1843. S. 43.2.233).

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

FRANCIA (1)

Personas y derechos de familia

por Louis Josserand

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon

MATRIMONIO

Matrimonio, oposición, impotencia.—La impotencia del futuro esposo no puede justificar la oposición al matrimonio porque no constituye de ningún modo un impedimento para su celebración; los jueces deben por consiguiente revocar la oposición basada en ese motivo. —Lyon, 16 mayo 1906 (*La Loi*, 28, 29 oct. 1906).

La solución es segura en derecho moderno. De los trabajos preparatorios del Código Civil y del silencio guardado por el legislador á este respecto se deduce que la aptitud para enjendrar, como también la aptitud para concebir, no se exige en las personas que han alcanzado la edad de la pubertad legal, porque el matrimonio, en el concepto moderno de los franceses al ménos, no tiene por objeto exclusivo la procreación. Pero la solución sería diversa si la impotencia fuera de tal gravedad que no se pudiera distinguir el sexo; la identidad del sexo en los dos contrayentes constituye un impedimento legal y justifica ampliamente una oposición. (Misma resolución).

DIVORCIO

Divorcio; cuidado de los hijos confiados á la madre; enajenación mental.—El fallo que pronuncia el divorcio entre los esposos confía la guarda de los hijos á la madre; ésta, atacada después de enajenación mental, es encerrada en una casa de orates; ¿no recuperará el padre *ipso jure* los atributos de la patria potestad de que se le había privado: derechos de guarda, educación y corrección? Creemos que la cuestión es nueva en jurisprudencia. Acaba de ser resuelta negativamente por el tribunal civil del Sena y por la Corte de París (París, 19 julio 1906; *Le Droit*, 3, 4, 5 septbre. 1906).

Estos tribunales estiman que corresponde á la autoridad judicial el confiar el hijo á un tercero, en este caso á su abuela materna, y esto aunque el padre que reclama la guarda de su hijo no haya perdido su poder. La solución tiene una base sólida en el artículo 302 del Código Civil, que permite al tribunal el confiar el hijo sea á uno de los esposos, sea á una tercera persona. Parece bastante equitativo que, si la persona primitivamente designada llega á estar en la imposibilidad de cumplir su misión, el tribunal haga nuevamente uso, y con toda su amplitud, de la facultad que le confiere el artículo 302.

Sin embargo, esta solución se armoniza di-

(1) De la «Revue trimestrielle de Droit Civil», número 4, 1906, París.

fácilmente con la que dan la Corte de Casación y la Corte de París misma para el caso en que muera el esposo á quien se había confiado la guarda del hijo; entonces, según la fórmula del tribunal civil del Sena que la Corte de París ha hecho suya, la muerte de la madre trae por "resultado *ipso jure* el devolver al padre las facultades de que se le había privado en favor de la madre únicamente". Y se deduce de allí que no correspondería á los tribunales el confiar entonces la guarda del hijo á una tercera persona, al menos durante el tiempo en que no se haya declarado que el padre ha perdido su potestad en conformidad á la ley de 24 julio 1889 (París, 24 junio 1892), D. 93, 2, 81, con una nota conforme de M. Loynes y Cas. 13 agosto 1884, (D. 85, 1, 40).

Si hubiera de elegirse entre esas dos soluciones, no vacilaríamos en pronunciarnos en favor de la primera; la pretendida restitución *ipso jure* del padre en todos los atributos de la potestad paterna nos parece contraria, no sólo al texto del artículo 302 del Código Civil, sino también á los verdaderos intereses del hijo que han de ser siempre apreciados por los tribunales con facultades soberanas.

Obligaciones y contratos especiales

por René Demogue

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

I. OBLIGACIONES EN GENERAL

A. Condiciones generales de existencia de las obligaciones delictuosas

Acción de las Compañías de Seguros contra el autor del siniestro. — Dos fallos, uno de Montpellier, 9 enero 1905, el otro de París, 21 marzo 1905 (D. 1906, 2, 185, con nota de M. Capitant), han venido á confirmar la jurisprudencia establecida respecto de la acción de las compañías de seguros contra los autores del siniestro y á consagrar que la compañía de seguros de vida ó de accidentes no tiene acción contra el autor culpable del accidente. El fallo de Montpellier ha establecido, como otras resoluciones (V. Amiens, 4 diciembre 1902 D. 1903. 2. 313) que el asegurado podía juntar con la indemnización del seguro la acción contra el tercero. Pero ha agregado á esto una nota nueva. Dice que si el seguro ha tomado en consideración la eventualidad de la acción, puede ésta ejercerse contra el tercero, lo que significa que en un caso semejante es subentendida una cesión de la acción contra el tercero. Así podrían atenuarse de hecho las consecuencias de la nueva jurisprudencia. Pero no sería sino una atenuación ya que la Compañía no ejerce una acción creada en provecho propio, sino una acción que se le ha cedido.

Responsabilidad por ruptura de esponsales. —La jurisprudencia admite en general que la ruptura de los esponsales sin motivo, da lugar á indemnización (V. *Revista*, 1905, p. 33[illegible]). La Corte de Rennes, en un fallo muy poco fundado de 18 de julio de 1906 (*Le Droit* de 21 oct.) ha acentuado esta jurisprudencia aplicándola á un caso en que el novio después de haber mandado hacer las publicaciones, no había podido obtener el consentimiento de su madre. Pero talvez conviene, á falta de indicación sobre este punto, tomar en cuenta la imprudencia cometida al hacer publicar el matrimonio sin estar seguro del consentimiento de sus padres.

Responsabilidad del amante respecto de la mujer á quien ha hecho madre.—La jurisprudencia se esfuerza más y más en hacer inútil la regla del artículo 340 del Código Civil sobre la investigación de la paternidad. A veces invoca para conseguirlo la regla del artículo 1382, otras, recurre al principio de que una obligación natural de socorrer al hijo ha podido transformarse en una obligación civil consecuencia de una promesa (V. *Revista*, 1904, p. 176 y 867). Pero ¿qué debe ser esta promesa? Un fallo del tribunal de Saint-Sever, de 14 junio 1906 (*Le Droit* del 25 agosto), sobre esta materia, se muestra inspirado por un criterio muy amplio. El padre, que con sus relaciones con la madre del hijo, hizo preguntar por intermedio de un tercero "lo que la madre desearía hasta los dieziocho años". Aunque estas gestiones no tuvieran resultado, hay en esta cuestión, dice el Tribunal, una especie de promesa de contribuir á los gastos que deberá causar el mantenimiento del hijo

las circunstancias indican la causa de este compromiso, que está íntegramente en un deber de conciencia. Un compromiso semejante es, pues, susceptible de producir efectos jurídicos, y el Tribunal tiene el deber de fijar su cuantía. Se ha considerado aquí que una promesa muy vaga podía transformar en civil una obligación natural.

Responsabilidad por seducción. — Mientras algunos fallos aceptan con mucha amplitud la acción de indemnización á favor de la mujer que un hombre ha seducido, haciéndola madre, (V. *Revista*, 1905 p. 329) otros, por el contrario, resisten esta tendencia tan humana. Así, por ejemplo, un fallo del Tribunal de Valogne (26 julio 1906, *Le Droit* del 21 oct.) niega toda indemnización á una muchacha contra su amante cuando parece resultar que la promesa de matrimonio no ha sido hecho sino seis meses más ó menos antes del alumbramiento, esto es, después de la concepción del hijo. El Tribunal declara que la promesa de matrimonio no puede tomarse en consideración porque no determinó á la madre á dejarse seducir. El Tribunal, sin embargo, parece dar á entender que si la demanda de indemnización se hubiera fundado en la ruptura de una promesa de matrimonio, la habría acogido. Es esa una doctrina sin duda admisible, aunque sutil y habría sido de desear que se la hubiera esclarecido en interés de los litigantes.

Responsabilidad del padre por los actos de su hijo enajenado. — Un fallo de la Corte de Casación (Req. 30 julio 1906, *Gaz. du Pal.* des 13-16 oct.) precisa la jurisprudencia en cuanto á la responsabilidad del padre por los actos del hijo mayor, enajenado y que vive con él. Un padre no podía ignorar la enfermedad de su hijo susceptible de arrastrarlo á cometer actos perjudiciales para terceros y especialmente había tenido conocimiento de abusos de procedimiento cometidos por él. Se le declaró responsable de estos actos. La Corte resolvió así, no sin duda en virtud del artículo 1384 que supone un hijo menor, sino en virtud del artículo 1382, fundada en la falta cometida.

Pero ¿cuál es la falta de que la Corte hace mérito? Conviene hacer notar aquí que la jurisprudencia parece indicar que no la ve en el hecho de no haber pedido la interdicción, ó al menos que no estima que haya una obligación precisa para el padre de pedir esa medida. Un fallo del 14 mayo 1866 (D. 67. 1. 296) había cuidado ya de decir que prescindía de esta cuestión de falta negativa que podría consistir en nó hacer declarar en interdicción á su hijo. El fallo de 1906 va un poco más allá. Hace notar que el fallo apelado no ha hecho mención de esa falta y en términos tales que cabe preguntarse si no habría considerado malo un fundamento semejante.

La sola falta que la jurisprudencia hace notar es la de no haber tomado precauciones contra una enfermedad que se sabe peligrosa, precauciones que el interesado fija con entera libertad y que podrían consistir, llegado el caso en una interdicción. En todo caso, el hecho que constantemente consideran los fallos es el de haber conocido o nó el carácter peligroso del loco (V. Chambéry, 6 febrero 1874, S. 75. 2. 178. — Cas. 21 oct. 1901, S. 1902. 1. 32). No hay sino un fallo de Chambéry de 29 oct. 1889 (S. 91. 2. 10) que alude á la obligación de hacer declarar la interdicción.

De la noción de dependiente (préposé). — La calidad de dependiente supone una persona colocada bajo las órdenes de otra y que no obra con entera independencia; por consiguiente, no puede declararse responsable á una ciudad por los actos de un comandante de bomberos en la dirección de los movimientos para extinguir un incendio. Aunque el servicio de bomberos es un servicio comunal, en los incendios no está bajo la dependencia directa de la autoridad municipal. En efecto, el decreto de 28 de febrero de 1875, artículo 20, dice que en caso de incendio la dirección y organización de los socorros corresponde exclusivamente al oficial comandante, quien es el único que da ordenes á los trabajadores.

Con razón la Corte de Burdeos (26 marzo 1906, *La Loi* del 24 julio) ha reconocido la irresponsabilidad de la ciudad. Esta solución está en completa armonía con la jurisprudencia (V. Cas. 29 mayo 1900, D. 1901. 1. 265) que ha establecido que los contratistas de trabajos de ferrocarriles que la compañía elige pero á quienes no dirige en su trabajo,

no son dependientes (*préposés*) en el sentido legal de esta palabra. Concuerda igualmente con las resoluciónes que reconocen la responsabilidad de las comunas por los actos de los ajentes de policía que son elegidos y mandados por la autoridad municipal. V. en este sentido Marsella 27 mayo 1879 (S. 81. 1. 260) y Cas. 2 mayo 1906 (*Pand. Franc.*, 1906. 1. 194).

Al hablar de estos fallos conviene recordar la sentencia del tribunal del Sena de 6 de julio 1906 (*Gaz. du Palais.* de 8 novbr.) que ha declarado irresponsable á la asistencia pública por los actos del médico de hospitales, porque estos son elegidos en concurso y la administración no ejerce sobre ellos ninguna autoridad ni control en cuanto á la práctica de de su arte. En consecuencia, absolvió á la asistencia pública de la demanda interpuesta por un individuo que pretendía haber quedado inválido á consecuencia de los cuidados inexpertos é insuficientes de estudiantes y de la vigilancia ilusoria ejercida por el jefe del servicio.

El tribunal exige, pues, para que haya responsabilidad, la elección y la dirección. La misma idea parece desprenderse de un fallo de la Corte de Poitiers de 26 de diciembre de 1902 (V. *Revue*, 1904 p. 561).

Será talvez mejor buscar otro camino. Si la administración no elige libremente sus médicos su situación es la misma que la de un pródigo que no podría elegir un dependiente sino con el consentimiento de su consejo judicial y que sin embargo será responsable de sus actos. Porque el acto del nombramiento figura aquí no tanto como un acto de potestad pública sino como complemento para habilitar á una persona moral ó suplir su deficiencia.

En cuanto al control ejercido sobre los médicos, talvez habría sido más satisfactorio, siguiendo el camino trazado por la Corte de Dijon (V. *Revista, loc. cit.*) el distinguir si el médico ha cometido una falta en su arte, un error de diagnóstico; ó si, por el contrario puede imputársele una falta de vigilancia que toda persona, aun ignorante, podía ver y que la administración podía y debía impedir.

Aplicación del artículo 1384 á los establecimientos de beneficencia (1).—La tendencia hoy día consiste en hacer descansar la responsabilidad de los actos perjudiciales sobre la idea de que la persona que saca provecho de una actividad debe soportar los riesgos creados por ella. Esta idea no se aplica sin embargo á la responsabilidad de los maestros, que descansa sobre un deber social de vigilancia respecto de los niños. La Corte de Grenoble (20 dic. 1901, S. 1906. 2. 125) ha deducido lógicamente que una persona que ha fundado, sin espíritu de lucro y por el contrario, con los móviles más elevados y desinteresados, un establecimiento de educación é instrucción profesional para niños indisciplinados ó vagabundos, era responsable, en virtud del artículo 1384, del delito cometido por cualquiera de sus discípulos. Respecto de esta cuestión, que parece nueva en jurisprudencia, la Corte hace notar con razón que las acciones más dignas de alabanza y de admiración no deben escapar á la aplicación del derecho común que hay un interés social evidente en dejar á los jefes de establecimientos de esa institución la integridadad de su responsabilidad civil, porque las intenciones más nobles no pueden constituir respecto de terceros, una garantía bastante en contra de las consecuencias del relajamiento de la vijilancia.

Por el mismo fallo la Corte ha reconocido también, lo que no podía dudarse, que la responsabilidad del artículo 1384 alcanza tanto al que mantiene un establecimiento de instrucción profesional donde los niños reciben la enseñanza primaria, como al maestro propiamente tal.

Responsabilidad originada por las cosas.—Hemos señalado anteriormente (V. *Revista*, 1906, p. 161) algunos fallos de los cuales creíamos difícil deducir que la jurisprudencia admitiera la interpretación extensiva del artículo 1384 y la responsabilidad de pleno

(1) El artículo 1384 del Código Civil Francés es igual al artículo 2320 del nuestro, con la diferencia de que el artículo del Código Francés ha sido modificado en parte por ley de 20 de julio de 1899 y se agregó el siguiente inciso: «Sin embargo la responsabilidad civil del Estado se sustituye á la de los miembros de la enseñanza pública».

derecho originada por las cosas inanimadas, á pesar de que otras personas aseguraban lo contrario

Dos fallos, uno del tribunal de Lannion (5 dicbre. 1905), otro de la Corte de Bourges (15 enero 1905, D. 1906. 2. 249), han establecido, por el contrario, muy claramente esta responsabilidad de pleno derecho, especialmente el primero, que recuerda las teorías de los señores Saleilles y Josserand. Estos dos fallos han resuelto el caso tan frecuente de un incendio causado por una máquina á vapor.

La Corte de Casación, más prudente, en un fallo muy poco claro, parece vacilar al pronunciarse sobre este caso y elude el resolver la cuestión (V. Cas. 16 Enero 1905, D. 1906. 1. 288).

Responsabilidad originada por las cosas inanimadas.—Citemos un nuevo ejemplo de la responsabilidad derivada del hecho de las cosas, cuya teoría se desarrolla lentamente en jurisprudencia.

El dueño de una máquina á vapor es responsable de pleno derecho del incendio comunicado por ella, resolvió la Corte de Rennes, el 26 de julio de 1906 (*Le Droit* del 26 agosto; *Gaz du Pal.*, 8 novbre.). Esta aceptación de la responsabilidad de pleno derecho causada por las cosas y conforme á una jurisprudencia importante (V. *Revista*, 1906 p. 861 y 1905, p. 335), es tanto más notable cuanto que lo contrario había sido resuelto recientemente por la misma Corte (V., *Revista*, 1906 p. 161; en el mismo sentido, París, 5 novbre. 1904 *Revista*, 1905 p. 334).

Responsabilidad del dueño de un animal arrancado.—A pesar de aparentes contradicciones, la jurisprudencia parece coherente respecto de la responsabilidad del dueño de un animal arrancado respecto del que ha intentado detenerlo. El dueño es responsable respecto de él en virtud del artículo 1385, y no puede decir que la víctima ha cometido una falta exponiéndose al accidente, si ella ha obrado útilmente al tratar de detener al animal para evitar un daño grave. Varios fallos lo han resuelto así tratándose de un caballo enganchado que arrancaba con el coche (V. París, S. 97. 2. 107). Amiens, 9 enero 1895 (S. 97. 2. 211) ó de un buey arrancado (París, 10 marzo 1892, S. 92. 2. 255).

Si, por el contrario, un caballo que no está enganchado se ha arrancado y no causa ningún daño, y si un tercero se precipita sobre él sin necesidad y sin mandato, hay allí una falta cuyas consecuencias debe soportar. Lo ha resuelto así la Corte de Casación el 8 de enero de 1894 (S. 94. 1. 184) y más recientemente en términos no menos precisos, el Tribunal del Sena, 19 junio 1906. (*Le Droit*), del 20 julio).

B. CONDICIÓN DE EXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES Ó CUASI-CONTRACTUALES.

¿Cómo se cuenta el plazo para aceptar una oferta? Cuando en una oferta hecha ó en una promesa de venta se ha concedido cierto plazo para la aceptación ¿será necesario que la respuesta llegue al vendedor en ese plazo ó bastará que se le haya enviado antes de la expiración del término convenido? La Corte de Casación ha fallado esta cuestión por primera vez el 6 de febrero de 1906. (Sala civil, S. 1906. 1. 235). Ha aceptado que, habiendo un plazo de opción de dos años contados desde su fecha para aceptar una promesa, un fallo de alzada había podido, interpretando esta cláusula, contar además el tiempo necesario para el transporte de la carta de aceptación. La Corte ve ahí una cuestión de hecho soberanamente resuelta por las Cortes de apelaciones (V. sobre este punto un fallo de la Corte de Bruselas, 24 febrero 1867, S. 68. 2. 182). Esta solución guarda armonía con la que ella ha dado respecto de la cuestión de que cuando se forma un contrato. La Corte ve tambien en eso una cuestión de hecho cuya resolución no le incumbe.

De las condiciones de la nulidad producida por la fuerza.—El artículo 1113 del Código Civil señala la fuerza como una causa de nulidad cuando se la ha ejercido, sea contra una parte contratante, sea contra alguno de sus parientes que la ley designa. ¿Debe extenderse esta disposición al caso de violencia contra otras personas? La cuestión ha sido resuelta por la Corte de París el 31 de marzo

de 1906 (*Le Droit* del 24 septbre): una persona ligada simplemente por amistad con un deudor, temiendo que el acreedor cumpliera ciertas amenazas que había hecho al deudor había afianzado el pago de la deuda. La Corte se negó á aumentar esta obligación declarando que no había para qué ocuparse de los sentimientos de afección diversa á las leyes de la sangre, por ardiente que ellos sean.

¿Qué debe entenderse por venta de un objeto que ha dejado de existir?—Señalemos una solución de interpretación de un contrato dada por la Sala de admisibilidad, el 5 de febrero de 1906 (S. 1906. 1. 280). Se hizo una venta de betarragas, vendiéndose los objetos en el estado en que se encontraban sin ninguna acción contra el vendedor por razón de su estado más ó menos bueno. "La Corte de París declaró que la venta era nula por falta de objeto, por que las betarragas estaban podridas á consecuencia de heladas anteriores á la venta y por consiguiente, las mercaderías habían perecido por completo en su calidad de productos alimenticios. Y la Corte de Casación aceptó esta interpretación, sin duda equitativa, pero evidentemente muy amplia de la convención ya que tiene el alcance de estimar que deja de existir ó perece el objeto que pierde la naturaleza con que se le ha considerado en el contrato.

Obligación natural nacida de un legado verbal.—La Corte de Besançon (6 dicbre. 1905 S. 1906. 2. 98) ha deducido una consecuencia interesante del principio de que un legado verbal crea una obligación natural: es la de que el que ha cumplido voluntariamente ese legado en una partición, no puede, si ataca este acto por lesión de más de la cuarta parte, hacer tomar en cuenta el legado verbal que ha pagado á su coheredero.

C. PRUEBA DE LAS OBLIGACIONES

De las condiciones necesarias para reclamar una indemnización de seguro.—Dos fallos de casación acaban de precisar este punto muy importante de que corresponde al asegurado el probar que se encuentra exactamente en las condiciones exigidas para aprovechar del seguro. No basta, pues, que pruebe un siniestro, es necesario que pruebe que es el siniestro contemplado en la póliza. La jurisprudencia ha aplicado esta doctrina en el seguro contra el rayo (cas. 1º junio 1906, D. 1904. 1. 488), y en el seguro contra los accidentes. (Cas. 10 enero 1906, *Pand Fr.*, 1906. 1. 183). Cf. Cas. 7 junio 1904, S. 1906. 1. 174.

D. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Perjuicio directo y perjuicio indirecto.—Dos fallos pronunciados casi simultáneamente por las Cortes de Limoges y de Agen en materia de responsabilidad por el daño indirecto precisan la teoría actual de la jurisprudencia sobre este punto.

Se envían mercaderías por ferrocarril y se pierden. La Compañía debe su valor. Pero son muestras. ¿Puede el que los envía obtener una indemnización fundándose en las operaciones que ésta pérdida le ha impedido realizar? Nó, ha dicho la Corte de Limoges (4 mayo 1904. S. 1906. 2. 141). El deudor no responde sino del daño que ha podido prever. Y en este caso nada prueba ó al ménos nada hace presumir que la Compañía haya sabido que el cajón cuyo transporte se le confiaba encerraba muestras de más ó menos valor, adecuados para hacer negocios de cierta consideración y que presentaban un valor industrial ó convencional indeterminado.

Pero la jurisprudencia admite, al lado de ésta, una teoría diversa respecto del equipaje que sigue al viajero. Establece que la Compañía responde en este caso de pleno derecho de todos los negocios que se han perdido; que, estando impuestas á todos los viajeros las formalidades abreviadas de anotación, que no indican el contenido de los bultos, la Compañía no puede en seguida prevalerse de esta regla para limitar su responsabilidad invocando su ignorancia (Cas. 26 oct. 1896, S. 97. 1. 23).

La Corte de Agen (18 mayo 1904, S. 1906. 2. 142), por un camino un poco diverso, llega en esta hipótesis al mismo resultado. Aprovechando de la falta de precisión en la distinción entre el daño directo ó el daño indirecto, afirma que las operaciones perdidas constitu-

yen un daño directo. Pero contradice al hacerlo la solución dada en otro fallo por la Corte de Limoges, la cual veía aquí una consecuencia indirecta de la falta de la Compañía.

Del derecho del comprador de un negocio comercial para hacer reducir el precio de compra.—Se ha desarrollado una jurisprudencia en materia de venta de negocios comerciales, cuya explicación es difícil dar. Varias resoluciones, un fallo de casación de 15 de febrero de 1898 (S. 98. 1. 445) y más recientemente un fallo de Orleans, del 17 de mayo de 1906 (*Le Droit* del 5 de agosto), admiten que hay derecho á disminución del precio "si no se ha informado exactamente al comprador sobre el monto é importancia de las transacciones ó si se le ha inducido en error acerca del verdadero valor del negocio ó establecimiento." ¿Cómo esplicar esta solución? No puede tratarse de garantía porque el negocio tiene una existencia real, pero vale simplemente menos de lo que se creía: sería necesario para eso que una clausula especial hubiera garantido tal monto ó número de transacciones. Esto no ocurre en los casos resueltos por la jurisprudencia. No se puede hablar de lesión: el artículo 1118 limita estrictamente la aplicación de esta teoría. ¿Podrá hablarse de error? El texto del fallo de casación pronuncia la palabra. Pero como se niega á admitir la nulidad del contrato, no puede tratarse sino de un error incidente: se había contratado, pero en otras condiciones con otro precio. Pero ¿no se confunde este error con la lesión ó al menos no habrá entre ellas sino diferencias sutiles fundadas en que, en la lesión la persona lesionada ha podido saber el verdadero valor de lo que compraba? Creemos más bien que la Corte de casación ha visto aquí un dolo incidente. Su fallo hace notar que no se ha establecido que el vendedor haya hecho uso de manejos dolosos que podrían acarrear la nulidad de la venta, pero agrega que se han dado al comprador datos inexactos, incompletos, que se le ha inducido en error, lo que parece referirse al dolo incidente. La Corte de Orleans ha querido aplicar la misma teoría, pero la ha aplicado mal; no ha visto que la Corte de casación suponía un dolo incidente y uno de los considerandos del fallo de Orleans niega la existencia de este dolo en el asunto, y sin embargo, ordena una reducción del precio. La teoría ha sido falseada y es de temer que se llegue á reducir todo precio exajerado, lo que es ilegal.

De la fiación de indemnización por accidentes á favor del que goza de una pensión de retiro.—Ya hemos señalado las delicadas cuestiones que se presentan en la práctica respecto de la acumulación, en favor de una misma persona, de pensiones ó indemnizaciones á que tiene derecho (V. *Revista*, 1906, p. 167). La Corte de casación, contrariando algunos fallos de alzada admite la acumulación de una pensión de retiro con una pensión derivada de la ley sobre accidentes de 1898 (21 julio 1904, S. 1905. 1. 483, D. 1906. 1. 315).

¿Ocurrirá lo mismo cuando una persona que goza de una pensión de retiro á consecuencia del fallecimiento de la víctima de un accidente, reclama una indemnización al autor responsable del accidente? Habiendo perecido un empleado de los ferrocarriles en un accidente causado por un tercero ¿puede la viuda reunir la pensión de retiro que le paga la compañía y una indemnización pagada por la persona culpable?

La cuestión es nueva y se distingue claramente de la que ha sido examinada en estos últimos años. Ya no es, en efecto, un solo deudor á quien se exigen conjuntamente dos pensiones; la víctima ó sus sucesores se hallan en presencia de dos deudores: el patrón que ha prometido la pensión de retiro y el autor del accidente.

La Corte de París (28 marzo 1901, S. 1906. 2, 133) ha fallado en el caso indicado que, para calcular la indemnización debida por el autor del daño, era necesario tomar en cuenta que la víctima tenía derecho á una pensión de retiro establecida en parte á favor de su viuda. Esta solución no está sin duda fundada en consideraciones especiales; merece sin embargo ser señalada, porque encierra la afirmación implícita de esta idea: que la indemnización debida por un delito debe ser fijada tomando en cuenta los contratos celebrados anteriormente por la víctima. ¿Puede conciliarse esta solución con la jurisprudencia de la Corte de

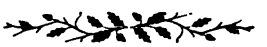
Casación que admite la acumulación de las pensiones de retiro y de las pensiones por accidentes, ó con la tendencia nueva que niega á los aseguradores sobre la vida la acción contra el autor del accidente que ha dado lugar al pago del capital? (V. sobre este punto el estudio de M. Capitant, *Revista*, 1906, p. 37). Hay incompatibilidad á nuestro juicio entre la concepción subjetiva de la indemnización admitida por la Corte de París y la concepción objetiva que prevalece en el otro caso. Creemos por eso que, tarde ó temprano, uno de los dos conceptos tendrá que prevalecer y que lógicamente hay que responder del daño, sea tomando en cuenta todos los hechos de la causa, sea no tomando en cuenta ni los seguros contratados, ni las pensiones de retiro á que se podría tener derecho.

Interpretación de las pólizas de seguro respecto de las declaraciones del siniestro.— Debemos señalar la siguiente solución de hecho que es de gran importancia. La cláusula que obliga al asegurado ó á sus sucesores á hacer, en caso de accidente, una declaración en un plazo breve, debe entenderse en el sentido de que los sucesores solo están obligados á hacer esa declaración en el caso de fallecimiento del asegurado. De manera, que si no han intervenido y si, por otra parte, el asegurado no ha podido hacer la declaración porque ha estado impedido por un caso de fuerza mayor (la pérdida de la memoria á consecuencia del accidente), no ha caducado el derecho (París, 8 marzo 1906, *Le Droit*, del 15 septiembre). Este fallo está en armonía con el espíritu de la jurisprudencia que tiende á no exagerar el alcance de la caducidad por falta de declaración cuando hay fuerza mayor (v. Cas. 27 diciembre 1887, S. 90. 1. 125).

F.—EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Prueba de la interrupción de la prescripción por confesión y de sus efectos respecto de los acreedores. La interrupción de prescripción por reconocimiento de la deuda puede establecerse por confesión así como por cualquier otro medio de prueba. En este caso se prueba que no ha habido prescripción, no hay renuncia de la prescripción. No se puede, pues, aplicar el artículo 2225, según el cual los acreedores pueden oponer la prescripción aun cuando el deudor renuncie á ellas. Es lo que ha establecido la Corte de Chambery, el 19 de febrero de 1906 (*La Loi*, del 11 julio).

Punto de partida de la prescripción.—A falta de fallo de casación, una serie de resoluciones de otros tribunales fijan como punto de partida de la prescripción de los honorarios de un médico el día en que el tratamiento terminó (v. Caen, 21 abril 1868, S. 69. 2. 97 y Trib. páz. de la 4ª subd. de París, 12 abril 1906, *Pand. Fr.*, 1906. 2. 268). Esta solución es por lo demás racional ya que el tratamiento forma un todo que sería arbitrario dividir. Sin embargo, no hay texto alguno legal del cual se desprenda esta solución. Hay, pues, allí una costumbre que tiene fuerza de ley.



JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Propiedad y derechos reales

por M. Emmanuel Lévy

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon

PROPIEDAD

Prescripción adquisitiva.—La buena fe que es una de las condiciones de la prescripción de diez á veinte años es la creencia plena y entera del adquirente, en el momento de su adquisición, en los derechos de su autor. La duda es esclusiva de la buena fe. La cuestión de buena fe es por lo demás una cuestión de hecho, y es soberana su apreciación por los jueces del fondo (Cas. Ch. de req., 22 mayo 1906, *Gaz. Pal.* 17 julio 1906).

Estos principios son ciertos (Cf. Dalloz 3, *Suppl. v. Prescription civ.*, números 546 y s.; Cas; 13 julio 1897, D. 98. 1. 308). Pero se observará que el principio según el cual la buena fe se presume se encuentra así singularmente comprometido, y que la cuestión de buena fe se reduce en sus términos á la de saber si el juez, en su poder soberano de apreciación, cree en la buena fe del que se pretende propietario.

Obligaciones y contratos especiales

Por M. René Demogue

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

OBLIGACIONES EN GENERAL
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Prueba de la interrupción de la prescripción por confesión y de sus efectos respecto de los acreedores.

La interrupción de prescripción por reconocimiento de la deuda puede establecerse por confesión así como por cualquier otro medio de prueba. En este caso se prueba que no ha habido prescripción, no hay renuncia de la prescripción. No se puede, pues, aplicar el artículo 2225, según el cual los acreedores pueden oponer la prescripción aun cuando el deudor renuncie á ella. Es lo que ha establecido la Corte de Chambery, el 19 de febrero de 1906 (*La Ley*, del 11 Julio).

Punto de partida de la prescripción.

A falta de fallo de casación, una serie de resoluciones de otros tribunales fijan como punto de partida de la prescripción de los honorarios de un médico el día en que el tratamiento terminó (v. Caen, 21 abril 1868,

S. 69. 2. 97 y Trib. páz. de la 4ª subd. de París, 12 abril 1906, *Pand. Fr.*, 1906. 2. 268). Esta solución es por lo demás racional ya que el tratamiento forma un todo que sería arbitrario dividir. Sin embargo, no hay texto alguno legal del cual se desprenda esta solución. Hay. pues, allí una costumbre que tiene fuerza de ley.

Efecto de la interrupción de la prescripción sobre una acción próxima.—El efecto de la interrupción de la prescripción, especialmente de la que resulta de una demanda judicial, es limitado. No se extiende de una acción á otra, aunque sea muy cercana. Así, el ejercicio de una acción para anular un acto no importa la interrupción de otras acciones para anular el mismo acto: el ejercicio de una acción de nulidad no interrumpe la acción de rescición por lesión (Cas. 7 abr, 1873, D. 73. 141). O la interrupción de una parte no obra sobre la prescripción que corría en su favor en virtud del mismo contrato de que ha nacido el derecho conservado (Cas. 21 abr. 1863. D. 63. 1. 346).

Pero por excepción, cuando una demanda contiene virtualmente otra, la ratificación interrumpe la prescripción de las dos acciones. En este sentido, la sala de admisibilidad ha resuelto el 2 de marzo de 1837 (S. 37. 1. 986) que una demanda de partición de herencia interrumpía virtualmente la demanda de nulidad de una cesión anterior de derecho hereditario. Y, más recientemente, la Corte ha fallado el 3 de abril de 1906 (*Gaz. Pal.* del 17 de mayo) que una acción posesoria ejercida para la protección de un derecho de tránsito lleva consigo la interrupción de la acción de indemnización intentada por haberse impedido ejercer la servidumbre. Las acciones que aunque tengan causas distintas tienden á un sólo y mismo objeto, de tal suerte que el segundo esté virtualmente comprendido en el primero son consideradas como una sola bajo el punto de vista de la interrupción de la prescripción.

La disolución de una sociedad ¿es un justo motivo de resolución de un contrato?—Disuelta una sociedad colectiva, ¿puede pretenderse que se resuelva sin indemnización el seguro por tiempo limitado? (en la especie diez años) que había celebrado con una sociedad de seguros? No, ha declarado el tribunal de comercio de Saint-Etienne el 1º de agosto 1903 (*Pand. fr.*, 1906. 2. 102). Esta resolución no puede causar perjuicios á la Compañía.

CONTRATOS ESPECIALES

ARRENDAMIENTO

Arrendamiento con promesa de venta.—Acaba de dictarse sobre esta materia por la Corte de Nancy, el 6 de abril de 1906 (*Gaz. Pal.* de 13 de mayo) una sentencia muy interesante y en una especie que parece nueva. El propietario de una fábrica arrienda su establecimiento á un tintorero con promesa de venta á voluntad del arrendatario en un plazo de quince años. En seguida vende su inmueble á una sociedad rival de su arrendatario y que tiene conocimiento de la promesa de venta. ¿Puede éste hacer anular la venta? La Corte ha aceptado la afirmativa por dos razones de fuerza desigual.

Admite por una parte que el deudor de la promesa no puede sustituirse un terreno sin el consentimiento del acreedor, que éste tenía interés en que el arrendador continuara siendo propietario, que esta situación le daba una mejor posición individual, facilitaba su crédito, desarrollaba y fijaba su clientela, que la venta á un concurrente parecía constituir un embargo sobre la fábrica é indicar el deseo de la sociedad adquirente de llegar á ser propietario absoluto. ¿Significa este primer argumento que el arrendador no podía vender y que se le había prohibido virtualmente? Es discutible, pues un arrendador puede prohibirse enajenar durante el tiempo del arrendamiento. ¿Quiere decir al contrario que el arrendador no podía ceder su deuda? Esto es evidente y según la teoría generalmente admitida sobre el efecto de la promesa de venta (V. *Contrá, Revue*, 1906, p. 253 y sigt.), que se considera como que no crea más que un derecho personal, es cierto que sólo el promitente queda obligado aún cuando venda el objeto prometido.

Pero en la especie el adquirente estaba de mala fe, por cuanto se había hecho referencia

á la promesa de venta en el acto de la venta ¿Se le podría considerar cómplice de la violación de la promesa de venta? Quizás no todavía, pues la promesa no había sido aún violada porque el arrendatario no había reclamado su cumplimiento, y la sociedad compradora se declaraba «pronta á realizar la venta desde que el arrendatario manifestara su intención» Pero por otra parte ella podía cambiar de voluntad y, en todo caso, se había hecho cómplice de un acto que facilitaba la violación de la promesa, lo que la hacía eventualmente responsable si ésta no se cumplía. ¿Pero esto era suficiente para no ejecutar el acto de venta?

Además, la especie presentaba un aspecto particular: se trataba de un verdadero fraude. La sociedad rival había amenazado á los proveedores del arrendador abandonarlos si continuaban sus entregas Había hecho la adquisición aun cuando parecía que no era permitida por sus estatutos Se había podido hablar de acción pauliana, que había querido aplicar la Corte sin decirlo

Sin embargo, nos parece que puede darse una mejor explicación jurídica, pues no creemos que el acreedor eventual pueda ejercitar la acción pauliana (V sobre este punto nuestro estudio, *Revue*, 1906, núm 2); el arrendador está obligado á no turbar al arrendatario; puede sin duda vender sin faltar á su obigación, pero no vender á una sociedad rival, y ésta al comprar falta especialmente á sus obligaciones de arrendador que sucede en la deuda del arrendamiento cuando por una serie de maniobras trata de perjudicar á un rival. Había pues más bien violación del arrendamiento que de la promesa de venta y la misma solución había podido darse si no hubiera habido más que un simple arrendamiento.

ARRENDAMIENTO DE COSAS

Del propietario que ocupa un local en común con sus arrendatarios.

La responsabilidad del arrendatario en caso de incendio, da origen á cuestiones delicadas cuando el dueño ocupa una parte del inmueble, especialmente cuando el dueño utiliza en común con el arrendatario ciertas partes del inmueble. Esta ocupación ¿priva al arrendador en todo caso del beneficio del artículo 1733? La Corte de Lyon ha declarado que nó el 4 de enero de 1906 (*Le Droit* días 2 y 3 de mayo, *La Loi* del 8 de mayo). Es preciso para eso, dice, que esta ocupación esté suficientemente caracterizada y equivalga á una comunidad de habitación que acarree deberes de vijilancia y es evidente que el depósito de algunos muebles é instrumentos no es un antecedente bastante caracterizado por acarrear en todo caso el rechazo del artículo 1733 (v. *Revista*, 1603, p. 3821). La Corte va más lejos que el fallo de la Sala de admisibilidad de 20 de octubre de 1885 (S. 85. 1. 342) que se había negado á aceptar una comunidad de habitación en el caso en que el propietario había introducido simplemente algunos objetos en un local vacante del cual tenía las llaves.

A quien incumbe la contribución establecida para sacar las basuras de las casas.

La ley de 31 de diciembre de 1900, que ha establecido una contribución para sacar las basuras de las casas, contribución que pesa sobre los arrendatarios de las casas de París, permite á los dueños á quienes se cobra la contribución el ejercer su acción en contra de sus arrendatarios. Pero ¿existe este recurso en contra de las personas cuyos arriendos son anteriores á la ley y en los cuales hay una cláusula que establece que todas las contribuciones son de cargo del arrendador? Un fallo de la Corte de París de 14 de mayo de 1903 (S. 1906. 2. 161) ha declarado que sí y por faltar una cláusula especial también lo ha declarado así una resolución de un juez de paz, de 26 de julio de 1901, de la subd. 18. *Contrá*, justicia de paz de la subd. 14, del 30 de mayo de 1901. La Corte de París declara que la ley se aplica sin distinción á los arriendos anteriores y posteriores á la ley y que las partes no han podido tener la intención de reglamentar la aplicación de una contribución que no se había creado ni propuesto en la época en que se celebró el arriendo y que ellos han contratado sobre las contribuciones existentes sin que el arrendador haya garantizado su inmutabilidad. Esta argumentación parace muy juiciosa y es de esperar que fijará la jurisprudencia.

ARRENDAMIENTO DE TRABAJO

Del derecho de huelga en el caso de arrendamiento de trabajo de duración determinada.

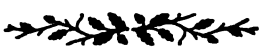
Un fallo mui importante de la Sala de admisibilidad del 18 de marzo de 1902 (v. S. 1903. 1. 465 y *Revista*, 1902 p. 894) ha declarado que la huelga era un caso de ruptura del contrato de trabajo en el cual debían cumplirse los plazos del desahucio.

Al lado de esta resolución recaída en un caso de arrendamiento de duración indeterminada, hay que citar un fallo del tribunal del Sena de 9 de mayo de 1906 (*Le Droit* de 29 de septiembre) referente al arrendamiento de duración determinada y que aplica un sistema análogo. Habiéndose declarado en huelga un obrero ebanista que había sido contratado para hacer un mueble, el tribunal resolvió que no podía proceder así antes de terminar el mueble y que, obrando de otra manera había roto indebidamente un contrato y estaba expuesto á tener que pagar una indemnización de perjuicios por la ruptura. En efecto, no hay aquí un verdadero plazo de desahucio, como en el caso del artículo 1980 ya que las partes están firmemente ligadas. Eso equivale á decir que no hay en este caso verdadero derecho de huelga, sino sólo el derecho de no renovar el contrato ó de renovarlo en otras condiciones.

VENTA

Puntos sobre los cuales debe recaer el consentimiento en la venta.

¿Sobre qué elementos debe recaer el consentimiento de las partes en la venta para que éste quede celebrada? Dos fallos, uno de la Corte de Casación (1º dicbre. 1885, S. 87. 1. 1671, el otro de la Corte de Orleans (12 julio 1906, *Le Droit*, 29 octubre 1906) parece que resuelven esta cuestión con una juiciosa distinción. La Corte de Casación ha validado una venta en que había acuerdo sobre la cosa y el precio, pero donde nada se había estipulado en cuanto á los plazos de pago y se puede deducir de allí que es válida toda venta en que los puntos no resueltos por las partes, lo serían por la ley. La Corte de Orleans, por el contrario, ha declarado inexistente una pretendida venta de un establecimiento comercial por 7.000 francos, siendo que las partes nada habían dicho respecto á las mercaderías que según la costumbre son accesorios de él, ni sobre los negocios en curso ó pendientes, ni sobre el momento en que debía comenzar el goce, ni sobre el canon. No estando fijados estos puntos por la ley sino á lo sumo por un uso que puede derogarse, se concibe perfectamente que el silencio respecto de ellos impide que la venta se forme. Sobre este mismo caso, Bourges, 6 novbre. 1905 (S. 1906. 2. 95) (v. por lo demás una cuestión análoga en materia de arrendamiento, *Revista*, 1904 p. 412).



JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Obligaciones y contratos especiales

Por M. René Demogue

Profesor agregado á la Facultad de Derecho de la Universidad de Lille

OBLIGACIONES EN GENERAL
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Del derecho de negarse á contratar nuevamente á los obreros después de una huelga.— El tribunal del Sena, en una serie de fallos pronunciados entre Dion Bouton y Cª y sus obreros (25 julio 1906, *Le Droit* del 15 septiembre), ha deducido de la jurisprudencia de la Corte de Casación sobre el efecto de la huelga sobre el contrato de trabajo que el acto del patrón de no volver á tomar al obrero que voluntariamente se había declarado en huelga y sin avisos, era un acto lícito; que el patrón no es responsable sino respecto de los obreros á quienes se negaba á contratar nuevamente siendo que ellos solo habían abandonado el taller cuando lo invadieron los perturbadores y no podía, por consiguiente, considerarse que habían abandonado voluntariamente el trabajo.

Del momento en que debe arreglarse la cuenta de un empleado despedido.—Un patrón despide á un empleado observando el plazo acostumbrado. En ese caso le pagará el sueldo debido hasta el momento en que el plazo expira. Pero el patrón, en lugar de eso prefiere despedir inmediatamente al obrero. ¿Debe entónces pagarle inmediatamente lo que le debe ó puede por el contrario esperar la expiración del plazo? Respecto de esta cuestión, que parece nueva, la Corte de Agers el 23 de noviembre de 1903 (S. 1906. 2. 145), ha aceptado la primera solución. La suma pagada es una indemnización por la despedida, dice; en efecto, el patrón rompía el contrato al prohibir á su empleado el continuar el trabajo. M. Appert, en una nota, aprueba la solución dada en este caso, ya que el salario era proporcional á los negocios realizados por el empleado despedido, pero critica esta solución en tésis general, ya que el patrón había simplemente dispensado al empleado de su trabajo durante el plazo acostumbrado.

Creemos, sin embargo, que este concepto es discutible; porque la voluntad del patrón de considerar como vigente el contrato ¿puede prevalecer contra el hecho de que despide al obrero? Se dice: lo dispensa de trabajar. Pero hay más, el patrón pretende evidentemente impedir, por cualquier razón, que el empleado trabaje con él. Aunque éste quisiera trabajar, el patrón se opondría á ello; ¿no está por consiguiente necesariamente roto el contrato?

TRASPORTE

¿En qué momento termina el contrato de trasporte? — El contrato de trasporte no

termina sino por la entrega de las mercaderías al destinatario y no por la llegada de ellas á su destino. Es necesario; pues aplicar las cláusulas del contrato á las averías que se producen despues de la llegada de las mercaderías, si éstas aún no han sido enviadas al destinatario. Una jurisprudencia bien establecida admite esta solución. (Cas. 18 abril 1901, S. 1901. 1. 292; 27 diciembre 1905, S. 1906. 1. 286).

DEPÓSITO

De la noción del depósito necesario. — La jurisprudencia parece querer dar una noción restringida del depósito necesario y no aplicarlo en el caso de un dueño que no ha entregado personalmente el objeto que se ha perdido á la persona á quien pretende hacer responsable. En este sentido, un fallo de la justicia de paz de Tolosa (4 abril 1906, *Le Droit*, 24 septiembre) ha desechado la demanda de una persona que había dejado en un almacén, sobre una silla, una piel para probarse otra, y esto, sin advertir al empleado. En el mismo sentido, un juez de paz de Niza (15 junio 1906, mismo diario) desechó la demanda del dueño de una bicicleta contra el director de un café, fundada en que le habían robado la máquina siendo que él la había entregado á un mozo del café quien se comprometía á guardarla. Se ha rechazado, como se ve, la aplicación del artículo 1384, lo que es justo, porque no se trata aquí de un delito; pero es necesario establecer que no había mandato tácito. Esto ha sido aceptado también por los Tribunales (v. respecto de estas cuestiones, en un sentido análogo, *Revista*, 1905 p. 147). La jurisprudencia tiende, además á restringir la lista de las personas en cuya casa puede calificarse de necesario un depósito hecho. Por fin, se ha fallado que no podían aplicarse las reglas del depósito necesario á una asociación de estudiantes amigos en el caso del robo de una bicicleta en un depósito (*garage*) abierto á todos los miembros de la asociación (París, juzgado de paz de la 5ª subd. 17 agosto 1906, *Le Droit* del 1º noviembre).

SOCIEDAD

De la liquidación de las sociedades de hecho. —Cuando una sociedad es nula, pero teniendo en sí misma un objeto lícito, como una sociedad entre esposos, una sociedad comercial que no ha sido publicada, esta sociedad debe liquidarse: no se puede oponer al que reclama á su co-asociado una parte del activo *nemo auditur turpitudinem allegans.*

¿Cómo debe hacerse entonces la liquidación? La jurisprudencia ha adoptado sobre este punto una fórmula equitativa, aunque un poco vaga: "hay relaciones de hecho que deben reglarse sin que uno se enriquezca á expensas del otro". Es lo que ha afirmado todavía la Sala de admisibilidad el 11 de abril de 1906 (*Gaz. Pal.* de 22 de mayo). V. también Cas. 15 nov. 1876, D. 77. 1.70.—Cas. 7 marzo 1888, D. 88. 1. 349.—Agen, 22 marzo 1899, D. 99. 2. 474.

Distinción del contrato de préstamo y del contrato de sociedad.—Notamos sobre esta cuestión ya examinada (V. *Revue*, 1905, p. 910) de la distinción del contrato de préstamo y de sociedad, un fallo de la Sala de admisibilidad de 10 de julio de 1905 (D. 1906, 1. 191), el cual ha admitido que los jueces habían reconocido con razón un contrato de préstamo, en el caso en que un padre había dado dinero á un cervecero, estipulando que tomaría á su hijo como gerente, con sueldo fijo y una parte de los beneficios, sin soportar parte alguna en las pérdidas, comprometiéndose el cervecero á iniciar al gerente en la cervecería, á presentarlo á la clientela y á cederle su establecimiento por un precio que se fijaría por perito. Este fallo nos parece conforme con la teoría que hemos sostenido, según la cual el rasgo distintivo de la sociedad consiste en el compromiso de no retirar su aporte sino después de haber satisfecho totalmente á los acreedores. Pero esta observación se aplicaría más bien al fallo atacado, ya que la Corte de Casación, como en numerosas decisiones anteriores, evitó pronunciarse y reconoció que había apreciaciones y constataciones soberanas que motivan y justifican la decisión objeto del recurso (Cas. req., 12 mayo 1874, D. 75. 1. 23; Cas. civ., 17 abril 1893, D. 93, 1. 228).

mbargo, esta manera de ver no había iempre aceptada por la Corte Suprema, ›tras decisiones había parecido conside- te punto (Cas. req. 120 dic. 1844, D. 94. 4).

DEPÓSITO

ando hay contrato de depósito?—¿Pue- ısiderarse como depositario el arrenda- quién uno de sus arrendatarios entrega re del departamento arrendado? No, ha ·ado la sala de admisibilidad el 12 de mbre de 1902 (S. 1906. 1. 135); esta ıstancia no es constitutiva del contrato pósito. Por consiguiente, si estalla un lio, el arrendatario no puede reclamar no derecho al arrendador una indemni- ı por la destrucción de su mobiliario. solución sobre una cuestión que parece ı está en armonía con el fallo del tribu- Bordeaux (12 dic. 1904, V. *Revue*, 1905, 3), que resolvió también que los efectos :bles llevados por un profesor á un cole- o podían considerarse como que eran › de un depósito. Esta jurisprudencia e equitativa, pues de otro modo se lle- á hacer pesar responsabilidades muy s por simples actos de complacencia importancia no se ha podido medir, ya ;noraba el pretendido depositario el va- los objetos.

MANDATO

ɔonsabilidad por el accidente ocurrido á ındatario.— La ley sobre los accidentes ıbajo no se refiere sino á los obreros ó ados. No parece que alcanza á los man- ios, es decir, á los que, según la fórmula jurisprudencia, tienen "el poder de repre- r al mandante". (Cas. 14 abril 1886, D. . 220). Pero ¿pueden éstos prevalerse tículo 2000, que obliga á indemnizar al atario del perjuicio que ha sufrido en el io de su mandato? Y la jurisprudencia reta ampliamente estas expresiones y lica, por ejemplo, al caso de una per- encargada de vigilar el carguío de un y que recibe una herida al querer impe- dir que un marinero sea herido por una máquina, (Aix, 23 oct. 1889, D. 90. 2. 302) y también al caso de un agente de la Compañía de cables sub-marinos que, para levantar el ánimo del personal al principio de la catástrofe de la Martinica, fué á esa isla y encontró en ella la muerte.

Se ha llegado, pues, á establecer una verdadera teoría del riesgo, fundada en el Código mismo y mientras que el mandatario está en mucho peor condición que el empleado en cuanto al modo de despedirlo y á las indemnizaciones á que tiene derecho en caso de revocación, se le ha tratado mejor bajo el punto de vista de los accidentes y se ha hecho surgir directamente del Código Civil, en favor de él, una teoría del riesgo profesional.

TRANSACCIÓN

De los efectos de una transacción después de un accidente cuando la víctima muere en seguida.—Cuando una persona herida en un accidente ha transigido la indemnización á que tenía derecho, y regulado de una manera definitiva todas las consecuencias, cualesquiera que ellas sean, que resultan ó deban resultar del accidente, la agravación de la herida y la muerte misma de la víctima no pueden hacer que se modifique esta transacción; todos los derechos futuros, que nazcan del accidente han sido incorporados en el molde del contrato. Así lo ha resuelto la Corte de Casación el 23 de febrero de 1892 (S. 92. 1. 313) y el 29 de julio de 1901 (D. 1902. 1. 297). Esta doctrina de una lógica estricta pero en buenas cuentas poco equitativa, ha sido felizmente completada por un fallo de la Sala civil de 28 de mayo de 1906, *Gazette du Palais* de 30 de junio. Ha establecido que los herederos de la víctima podían dirigirse contra el autor del accidente, no á nombre del difunto cuyos derechos están fijados en la transacción, sino en su propio nombre por razón del perjuicio que les causa el fallecimiento. Obrando ellos á su propio nombre y persiguiendo la indemnización de un daño personal no puede oponérseles la transacción.

Propiedad y derechos reales

Por M. Emmanuel Lévy

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon

INMUEBLES

Al agregar al artículo 642 del Código Civil (641 antiguo) así redactado: "El que tiene una vertiente en una heredad (*fonde*) puede usar de ella á su arbitrio (*à sa volonté*)", las palabras "en los límites y para las necesidades de su heredad (*héritage*)", la ley de 8 de abril de 1898 no ha querido limitar el derecho de libre disposición que ese texto reconocía al dueño que tiene una vertiente en una heredad. "Según los términos del artículo 641 del Código Civil antiguo, el dueño de una vertiente tenía el derecho de disponer de ella á su arbitrio, esto es, de emplearla en los usos que mejor le parecieran, para formar por ejemplo depósitos ó mover una fábrica; podía, sea dirigir la corriente á su antojo y privar de ella á las heredades inferiores hacia las cuales la pendiente natural del suelo la habrían llevado, sea transmitirla á título oneroso ó á título gratuito á cualquiera otra heredad.. ; la ley de 8 de abril de 1898 no ha innovado en lo que se refiere á este derecho de disposición absoluta en el interior de la propiedad... ; las palabras "en los límites y para las necesidades de su heredad" han sido agregadas, es cierto, en el primer inciso del artículo 642 y dejan suponer que el dueño de la heredad de que se trata no tiene derecho á absorber sino la porción de agua indipensable á las necesidades de esa heredad; pero... resulta claramente del conjunto de los trabajos preparatorios que el Senado, cuyo proyecto ha sido adoptado sin discusión por la Cámara de Diputados, ha querido consagrar en favor del dueño de la heredad en que brota la vertiente, no un derecho de prioridad de uso, sino un derecho de propiedad sin restricción que le permite disponer de las aguas y que le reconoce el Código Civil."

Por otra parte, la excepción prevista por el nuevo artículo 643 no se aplica sino á las vertientes que tienen un rendimiento bastante poderoso para formar por sí solas una corriente de agua, y no á aquellas que solo contribuirían á esta formación; esto resulta también de los trabajos preparatorios (Corte de Apelaciones de Rouen 24 enero 1906, *Le Droit*, 23 y 24 julio 1906). En el mismo sentido por ejemplo Aubry et Rau, 5ª edic. t. III, § 244, nota 4, p. 58-59.

En lo que se refiere al segundo punto, los trabajos preparatorios no dan lugar á duda alguna (Véase Sirey, 1898, IV, p. 673 columnas 2 y 19).

En cuanto al primer punto, los trabajos preparatorios no son de una claridad perfecta; y si actualmente la jurisprudencia interpreta el artículo 642 de la manera mas liberal en provecho del dueño de la heredad en que brota la vertiente, una interpretación menos amplia puede fundarse muy sólidamente en la discusión habida en el Senado y especialmente en las palabras del relator de la Comisión M. Cuvinot, que se opone á que el propietario "abuse", sobre todo si se piensa en que no se puede interpretar en ese sentido nuestro artículo sino forzando su texto literal; y este artículo salió precisamente de las deliberaciones de la comisión (Sirey, 1898, p. 673, colum. 2 y sigte).

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Sucesiones y Donaciones

Por M. Albert Wahl

I. Sucesiones

ACTOS DEL HEREDERO APARENTE

Cuando un fallo establece que un testamento, que ha sido destruido, instituía un legatario universal, son nulos los actos celebrados a título gratuito aun antes de este fallo por los herederos aparentes. (Lyon, 19 junio 1906, *La Loi*, 23 oct. 1906).—Es sabido que, de acuerdo con una jurisprudencia uniforme, los actos del heredero aparente no son válidos sino cuando son á título oneroso.

Si el legatario instituido en virtud de un testamento destruido, prueba la existencia anterior del testamento, su destrucción, el carácter fortuito de esta destrucción, el contenido de las últimas voluntades del testamento, tiene esta persona todos los derechos de un legatario; no está reducido á una simple acción personal contra el heredero que, á falta de testamento conocido, habría entrado en posesión. Al menos, eso parece desprenderse de la jurisprudencia, que dice que el testamento debe considerarse válido (Nancy, 21 junio 1895, S. 96. 2. 263). Y eso es lógico.

La solución dada por la Corte de Lyon se justifica así. La cuestión es nueva.

II. Donaciones y testamentos

SUSTITUCIONES PROHIBIDAS

1. No hay sustitución prohibida en la disposición de un testamento en virtud de la cual el legatario no puede vender el bien que se le ha dado y debe conservarlo en una familia determinada á menos que, en el hecho, la obligación de conservar no tenga sino el valor de un deseo ó de un simple consejo (Poitiers, 2 julio 1906, *La Loi*, 5 sept. 1906).

Para evitar la nulidad del testamento, la Corte, en contra de la evidencia y fiel á las tendencias de la jurisprudencia, niega que haya obligación de conservar y de devolver. El testamento sin embargo era terminante. El testador había legado su propiedad á su cuñado con el objeto de "impedir que caiga en manos de estraños" y "con la obligación de conservarla en la familia de mi mujer y de no venderla". El tribunal de primera instancia había declarado la nulidad.

2. La misma Corte ha resuelto que no hay sustitución prohibida, sino un legado válido de usufructo y de una propiedad, en la disposición de un testamento en virtud de la cual la hijas de la legataria tendrán por sí solas después de la muerte de su madre la propiedad entera de que este ha gozado durante su vida. (Portiers, 23 mayo 1906. *La Loi*, 25 agosto 1906).

En el caso de que se trataba, el legado se

refería textualmente á una casa, sin limitarlo al usufructo; estaba terminantemente prohibido á la legataria el vender la casa; el legado estaba hecho "con la condición de que no vuelva á casarse, porque quiso que sus dos hijas recojan después de su muerte, todo lo que le ha dado"; el testador declaraba que quería que la legataria "tenga un medio de subsistencia asegurado".

El tribunal habrá estimado con fundamento que el testador no habría querido constituir un simple usufructo en provecho de la legataria principal. Una observación lo prueba: si la legataria no hubiera tenido sino el usufructo, el inmueble no se habría confundido en su sucesión, aun si sus hijas hubieran muerto antes que ella; y es exclusivamente en provecho de las hijas que el testador creaba un derecho después de la muerte de su madre. Por lo demás, en el sistema contrario, se comprende difícilmente la obligación de conservar.

Parece, pués, que aquí también la Corte de Poitiers ha interpretado la voluntad del testador de una manera contraria á su significado evidente.

REVOCACIÓN DE LOS TESTAMENTOS

1. La revocación tácita de un testamento, fundada en su incompatibilidad con un testamento posterior, procede, aunque este último testamento sea nulo á causa de la incapacidad del legatario (legado en provecho de un hijo adulterino) (Cas. Civ. 16 julio 1906, *La Loi*, 6 oct. 1906).

Es una aplicación pura y simple del artículo 1037 del Código Civil.

2. El segundo testamento por el cual el difunto sustituye, á un legatario particular instituido por un testamento anterior, un nuevo legatario (la hija del primero), no es revocado por un tercer testamento que instituye un legatario universal con obligación de distribuir una suma dada total á los legatarios del primer testamento, el cual es expresamente revocado. (Reims, 1º mayo 1906, *La Loi*, 1º agosto 1906).

Es una cuestión de interpretación que parece haber sido bien resuelta. La revocación contenida en el tercer testamento no se refería al segundo testamento ni expresamente, eso es seguro, ni tácitamente, ya que no había incompatibilidad entre la ejecución simultánea del segundo y tercer testamentos.

Se objetaba que el tercer testamento comenzaba por las palabras: "este es mi testamento", y se deducía de allí que el difunto había querido proceder á distribuir íntegramente su patrimonio. Esta interpretación era muy dudosa y ha sido desechada por la Corte.

Uruguay (1)

Tratándose de acciones contra una persona jurídica, el emplazamiento debe hacerse al representante de ésta.

El emplazamiento hecho á una sociedad anónima y no á un representante legal, es nulo.—Montevideo, mayo 16 de 1906.

El pastoreo de animales en terrenos abiertos no constituye un acto de posesión.

La mensura y amojonamiento de un predio, su ocupación aún temporal, son actos de dominio.—Montevideo, julio 5 de 1906.

Los padres están obligados á satisfacer el importe de las costas causadas en los juicios criminales seguidos contra sus hijos menores. (arts. 32, 33 y 35 del Código Penal y 242 del Código Civil Uruguayo).—Montevideo, agosto 6 de 1906.

El causante de una sucesión no está obligado á fijar tiempo para el desempeño de las funciones del albacea que nombra en su testamento, cuando establece que le prorroga el término de la ley por todo el tiempo que necesite para desempeñar su cometido.

La acción de jactancia corresponde cuando la jactancia se ha producido fuera de juicio. Las excepciones á esta regla están expresamente consignadas en la ley.—Montevideo, agosto 11 de 1906.

Las oficinas públicas requeridas directamente por los jueces, deben cumplir los mandatos de éstos.

Los jueces se pueden dirigir directamente á

(1) De «La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración», Montevideo.

as Inspecciones técnicas regionales á fin de que cooperen á los propósitos de la justicia. —Montevideo, junio 22 de 1906.

Tratándose de dos escrituras de cesión de os mismos derechos hereditarios, inscritas en el Registro General de Ventas dentro del término legal, debe prevalecer la de fecha anterior, aunque haya sido inscrita después.

La inscripción en el Registro no es un medio de crear ó complementar derechos, sino más bien una garantía de publicidad y de precaución. (Véase arts. 1636, 1638 y 2297 del Código Civil uruguayo).

En el caso de fallecimiento de una persona incapacitada, la curatela no cesa de hecho desde ese momento, y el curador debe continuar en sus funciones respecto de los bienes del incapaz, hasta tanto se presenten sus herederos ó sucesores (arts. 2068 y 2069 del Código Civil.)—Montevideo, 4 de septiembre de 1906.

No importa subrogación la manifestación que hace una persona en escritura de compraventa de un bien raíz, de que acepta la escritura en nombre de su hija casada y con dinero de ésta que le fué entregado para llevar á efecto la adquisición. (Véanse arts. 1931, 1932 y 2011 del Código Civil).—Montevideo, febrero 10 de 1906.

La presentación de un escrito no es una diligencia judicial.

Puede interponerse el recurso de apelación por medio de escrito presentado el quinto día, después del ocaso del sol.

Argentina (1)

Ejecución de sentencias dictadas en el extranjero.—Ha sido revocada por la Cámara federal una sentencia de primera instancia dictada en el juicio que los señores Prinetti y Stucchi seguían contra los señores A. Franchi y Cª sobre ejecución de una sentencia dictada por los Tribunales de Italia.

Al iniciarse este asunto el juez federal abrió la causa á prueba, como si se tratara simplemente de juicio ordinario.

El representante de la parte demandada considerando que esa resolución afectaba los intereses de sus representados, interpuso los recursos de reposición y apelación, pero el juzgado no hizo lugar á estos, declarando que su resolución no causaba á las partes gravamen irreparable, y citaba un auto dictado por la Corte Suprema en un caso análogo.

La parte demandada recurrió entonces en apelación á la Cámara, fundándose en que la resolución de primera instancia contrariaba el artículo 8º de la ley 3.395 de 5 de junio de 1901, que autoriza la convención celebrada por la República Argentina con Italia, sobre ejecución de sentencias, y que dice: "que las partes serán previamente citadas á un juicio sumario en el cual se examinará solamente"; y determina en cuatro incisos los procedimientos á seguirse.

La Cámara, al estudiar la cuestión, en un extenso considerando, declara que en los autos hay elementos suficientes para abrir un juicio sumario, y puesto que el artículo 8º de la ley citada, indica los procedimientos á seguirse, la causa á prueba abierta por el Inferior, como en un juicio ordinario, no procede, por lo que revoca la sentencia declarando mal denegados los recursos interpuestos.

CUESTIONES COMERCIALES.—*Derechos de socio fundador.*

La Cámara de lo comercial ha confirmado la sentencia dictada por el Juez doctor Méndez en juicio seguido por don Carlos Bacigalupo contra el Banco de Italia y Río de la Plata, sobre subsistencia de los derechos de los socios fundadores primitivos en la nueva sociedad formada para continuar las operaciones de dicho Banco al vencimiento del plazo de treinta años que fijaron los estatutos de 1872.

El actor, apoyado en varias consultas de abogados italianos, sostenía que sus derechos como fundador no podían quedar extinguidos por la formación de la nueva sociedad, pues ésta era simulada para encubrir una simple prórroga de la anterior, y pretendía, además, para el caso de reconocerse que se tratara de una nueva sociedad, se procediera

(1) De «La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración» de Montevideo.

á la fijación de la parte del fondo de reserva correspondiente á los fundadores y del valor representativo de la llave y nombre del establecimiento.

El Banco de Italia sostuvo por su parte que los derechos de los socios fundadores estaban limitados al primer período de la duración de la sociedad; de manera que aún cuando el término de ésta se hubiera prorrogado, tales derechos habrían caducado al cumplirse los treinta años; que los derechos reconocidos por los estatutos á los fundadores se referían sólo á una participación en las utilidades anuales, sin extenderse al fondo de reserva ni al capital del Banco; y que no existía en manera alguna la simulación denunciada, la que habría carecido de objeto, por cuanto, tanto en el caso de prórroga como en el de formación de nueva sociedad, los derechos de los fundadores caducaban al vencimiento del plazo fijado en los estatutos.

El juez doctor Méndez, al resolver este asunto, declaró que el señor Bacigalupo no tenía derecho alguno al fondo de reserva y demás utilidades que pudieran resultar de la liquidación del Banco, pues, ajustándose al texto expreso del artículo 53 de los estatutos de la sociedad, los fundadores solamente tenían derecho á un 4% de los beneficios líquidos de las operaciones del establecimiesto mientras durase la constitución de la sociedad; y ese dividendo le ha sido puntualmente pagado, no teniendo, por consiguiente, ningún interés ni beneficio en la liquidación.

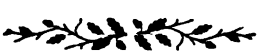
En consecuencia, falló rechazan o las pretenciones del señor Bacigalupo, y la Cámara confirma esta sentencia en todas sus partes, con costas.

CUESTIONES COMERCIALES.—*Sobre rehabilitación.*

El Juez de Comercio doctor Méndez, ha resuelto un caso interesante sobre rehabilitación de un fallido. Declarada culpable la quiebra de un comerciante, se pasaron los antecedentes al Juez de Instrucción y, paralizado el procedimiento criminal, se operó la prescripción. Con el testimonio correspondiente, el fallido solicitó su rehabilitación, oponiéndose el agente fiscal porque el fallido no había sufrido condena, ni se había sobreseído definitivamente en el proceso.

Resolviendo el caso, el Juez doctor Méndez, declara que, si bien es cierto que el sobreseimiento decretado en el juicio criminal se funda exclusivamente en el hecho de haberse producido la prescripción del derecho de acusar por el delito implicado al fallido, tal circunstancia no autoriza, sin embargo, para mantener la calificación de culpabilidad hecha en una resolución judicial que no tenía más propósito que establecer la existencia de indicios que dieron lugar á la intervención de la justicia del crimen. En el estado actual del procedimiento, nos encontramos con un sobreseimiento que cierra la puerta á toda discusión, así como á toda investigacion sobre el hecho de la culpabilidad del fallido, y si á ella se agrega que en la duda debe estarse siempre á lo que sea más favorable para el reo, no queda otra resolucion que aplicar al caso las disposiciones de la ley 415, puesto que no hay el derecho de calificar de culpable ni de fraudulenta una quiebra que ha sido objeto de una sentencia ejecutoriada de sobreseimiento definitivo.

Por estas consideraciones, el juez, no obstante lo dictaminado por el agente fiscal, resuelve acordar la rehabilitación solicitada.



JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Arjentina

LAS CARTAS PODERES

El Juez de Comercio, doctor Castillo, ha dictado una resolución resolviendo un punto no bien definido aún por la ley de quiebras vigente.

En la junta de verificación de créditos en el concurso formado á don José Duck, se presentó don Pedro Bazzano, acompañando dos cartas-poderes, pidiendo se computasen sus votos por considerar suficiente para el acto la tenencia de dichas cartas, á lo cual se opusieron varios acreedores.

Resolviendo el caso el juez, declara que al establecer la ley de quiebras que los acreedores pueden hacerse representar por terceros, dando poder por escrito, nada hay que autorice á creer que el legislador haya querido referirse al documento privado y no al documento público, pues uno y otros caen en la calificación de poder por escrito; que por el contrario, esa misma disposición de la ley declara suficiente para el objeto de representar á terceros el poder general para administrar, estableciendo de ese modo una excepción al principio que rige la representación en juicio, justificada en concurso de acreedores; porque en realidad, la aceptación ó rechazo del concordato ó de la adjudicación de bienes del deudor, y demás resoluciones adoptadas en junta, son actos de administración; que en el artículo 1184, inciso 7º del Código Civil, se establece que deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, todos los poderes generales y especiales que deban presentarse en juicio, los poderes para administrar bienes y cualesquiera otros que tengan por objeto legalizar la representación; que de acuerdo con esa disposición de la ley de fondo, prescribe el artículo 6º de procedimientos, que los apoderados ó procuradores acrediten su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes con la competente escritura de poder (art. 14); que no existiendo en la ley de quiebras una disposición expresa modificando las preseripciones legales citadas, ó siendo por lo menos dudosa la interpretación de dicha ley en lo que se refiere á este punto, deben aplicarse los principios del Derecho Civil, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 207 del Código de Comercio, y en tal virtud corresponde declarar insuficientes las cartas poderes agregadas.

Por ello el juez falla, no haciendo lugar á las peticiones del recurrente.

IRRESPONSABILIDAD DE UN DELINCUENTE

El Juez de Crimen, doctor French, ha dictado sentencia absolutoria en la causa seguida contra el menor José Vena, de 14 años, procesado por el delito de hurto de varios pa-

res de cortes de cabritilla para calzado, en una zapatería donde se hallaba colocado de aprendiz.

El menor había confesado su delito, diciendo que lo hizo en el deseo de tener dinero y sin darse cuenta de la grave falta que cometía.

La sentencia hace un estudio sobre la responsabilidad criminal por el acto ejecutado por el referido menor, y dice que siendo de catorce años, se encuentra en el período durante el cual la ley exime de pena al que ejecuta un acto con caracteres de delitos, por presumir no existe aún discernimiento para delinquir, salvo la prueba en contrario, y resultando del informe pericial agregado que las condiciones personales de Vena lo colocan en un grado de inferioridad con relación á su edad, siendo física é intelectualmente un retrasado, lo que en vez de destruir corrobora la presunción legal de la falta de discernimiento, declara que es forzoso eximirlo de pena, por cuyos fundamentos absuelve al detenido, ordenando su inmediata libertad.

EL PAGO POR CONSIGNACIÓN

El Juez de lo Civil, doctor Quesada, dictó sentencia en el juicio que seguía "La Acumulativa" (Banco Nacional de Econòmías) contra los señores Enrique y Eusebio Anchorena, sobre reconocimiento de una cesión y pago por consignación.

El actor decía que era cesionario de los señores Bonanomi y Buscarini de los derechos relativos á un contrato de locación de las fincas situadas en la calle Reconquista 67, y Bartolomé Mitre 444, y que habían pagado, en el concepto de cesionarios á los señores Anchorena, el precio de sus respectivos alquileres; pero que habiéndose éstos negado á recibir el pago en octubre de 1905, desconociendo sus derechos de cesionarios, pedía se les obligara á reconocer la cesión y satisfechos los alquileres con la consignación hecha en el Banco de la Nación.

Los demandados sostuvieron que "La Acumulativa" no era su deudora; que jamás la habían reconocido como locataria, ni pudo llegar á serlo por efecto de la citada cesión, desde que en el contrato de arrendamiento se prohibía á los locatarios la trasferencia del contrato; que el pago por consignación sólo procede cuando el acreedor no quiere recibir el pago recibido por el deudor, el que en este caso está representado por Bonanomi y Buscarini, quienes no han hecho tal ofrecimiento; y finalmente, que ya habían entablado demanda contra ellos por cobro de alquileres, juicio en el que había de resolverse el asunto.

El juez, doctor Quesada, en una extensa sentencia, estudia si el pago puede hacerse por un tercero, y llega á la conclusión de que en el caso *sub judice* la parte autora paga por cuenta del locatario á cualquiera que se resuelva serlo, y como pago de alquiler; no pretende, pues, invocar el carácter de deudora, ni como tal paga en razón de que esa cuestión se ventila en otro juicio. La oposición del acreedor es cabalmente un caso previsto por la ley, y ésta le obliga á recibir el pago contra su voluntad, salvo el caso en que acreedor y deudores se opusieren juntamente á la intromisión del tercero, lo que en el presente caso no sucede.

Por estas y otras consideraciones falla, declarando procedente el pago por consignación de $ 3.500, correspondientes al alquiler por octubre de 1905 de las referidas casas sin especial condenación en costas por no hallar fundamento para imponerlas.

Méjico (1)

Méjico, 27 de noviembre de 1906.

Depósito.—Letra de cambio.—Cheque.—Pago.—Prueba.—Costas.—La constitución del despósito queda justificada con la confesión del depositario y con los asientos de sus libros de contabilidad.

El vencimiento del plazo fijado para su duración y los réditos que debe causar, se justifican también con la confesión del depositario y con los asientos de sus libros de contabilidad.

---

(1) Del «Diario de Jurisprudencia del distrito y territorios federales», Méjico.

El documento en que consta el depósito cuando no está extendido á la orden, no es susceptible de endoso: por lo que tiene que ser radicalmente nulo cualquier endoso que llegue á hacerse.

Es indispensable en las letras de cambio la cláusula *á la orden* para ser endosable; pero por excepción se subentiende en las mismas esa cláusula, aunque no se exprese.

No son documentos mercantiles las libranzas, vales y pagarés cuando no están extendidos á la orden, y, en consecuencia, no son endosables.

Está absolutamente prohibido insertar en las cartas de crédito cláusulas á la orden.

Las cartas de porte, conocimiento y contratos á la gruesa pueden llevar inserta la cláusula á la orden.

Los cheques extendidos á favor de persona determinada, no son endosables.

Los bonos de prenda emitidos por almacenes generales de depósito, son endosables, aunque no contengan cláusula á la orden.

Las pólizas de seguro sobre la vida son endosables cuando se han entregado los capitales ó satisfecho las cuotas á que se obligó el asegurado.

Los vales y títulos al portador son documentos mercantiles siempre que contienen cláusula á la orden.

Los certificados de depósito de almacenes generales de depósito gozan del privilegio de ser endosables, aunque no estén extendidos á la orden.

Los expedidos nominalmente por las instituciones de crédito, no son efectos de circulación, y, por lo tanto, no son endosables.

No siendo documentos mercantiles, no les son aplicables las disposiciones que sobre extravío de éstos contiene el Código de Comercio.

Sólo son transmisibles por medio de cesión notificada al depositario.

No es absolutamente necesaria su devolución para la entrega de su importe, bastando cualquier otro resguardo eficaz para impedir un segundo cobro.

El pago extingue la obligación del deudor, dejando sin efecto alguno el documento que la acredita.

Son pruebas inconducentes las que produce el actor en contradicción con los fundamentos jurídicos de la demanda.

No procede condenación al pago de costas contra el litigante que, á juicio del juez sentenciador, obra sin temeridad ni mala fe.

Méjico, 12 de enero de 1907.—Tribunal Superior del distrito.

Casación.—Violación de ley.—Prueba.—Reclamación oportuna del vicio.—No es designar con precisión el hecho violatorio el limitarse á afirmar que falta uno de los elementos constitutivos del delito penado en la sentencia recurrida, sin señalar siquiera el considerando que rige la parte resolutiva de la misma sentencia y que contiene ese hecho.

Es inadecuado el concepto cuando se cita la ley violada sin designar con precisión el hecho violatorio.

Es ineficaz el recurso que en el fondo ataca la estimación de las pruebas sin citar la ley violada con tal estimación.

El agravio causado en la primera instancia y no reclamado en la segunda, no puede ser motivo de casación.

Méjico, 15 de diciembre de 1906.—Jnzgado 2º de lo Civil.

Presunciones.—Testigos. — Poder. — Documentos públicos y privados.—Contratos simulados.—Las presunciones consistentes en indicios remotos de la inexistencia de un contrato, pierden todo su valor ante pruebas concluyentes rendidas en contrario.

Los testigos que no dan razón satisfactoria de su dicho, no merecen fe, aunque estén contestes en los hechos declarados. Sus declaraciones no son bastantes para destruir pruebas consistentes en documentos públicos.

La escritura de cancelación, que otorga el vendedor de un inmueble al comprador que es acreedor á su vez de aquél, declarando haber cubierto éste la parte insoluta del precio convenido, constituye presunción vehemetísima de que el crédito del comprador formó parte del precio.

El poder otorgado por el comprador de una finca al vendedor para que siga administrándola, lejos de probar la inexistencia del contrato de compraventa, tiende á demostrar lo

contrario, supuesto el cambio de posesión legal.

Los documentos públicos perjudican á la parte que los presenta y que ha intervenido directamente en ellos.

Los documentos privados procedentes del demandads que no entrañan asentimiento á lo que el actor sostiene, no tienen valor probatorio. Los no objetados producen prueba plena:

Sólo son nulos los contratos simulados que se celebran en fraude de la ley ó de los acreedores. No adolecen del vicio de nulidad aquellos en que interviene la libre voluntad de los interesados. Su nulidad sólo puede ser pedida por los perjudicados con la simulación.

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Méjico 24 de agosto de 1906.—Tribunal Superior del Distrito.

Homicidio.—Homicida.—Reclamación oportuna del vicio.—Queda establecida la culpabilidad del autor del delito de homicidio por el veredicto del jurado que, conforme á la ley, tiene el carácter de irrevocable.

Es homicida el que priva de la vida á otro, sea cual fuere el medio de que se valga.

Debe clasificarse como homicidio calificado el que, según el veredicto del jurado, se perpetró con ventaja. Se castiga con la pena capital. No pierde este carácter el ejecutado fuera de riña, aunque se haya cometido en estado de ceguedad y arrebato producido por provocación inmediata del occiso.

No cabe reposición del procedimiento cuando el agravio en que se funda no se alegó en la instancia en que se causó, ni se formuló contra él protesta alguna.

Méjico, 24 de noviembre de 1906.—Tribubunal Superior del Distrito.

Reclamación oportuna del vicio.—Cohecho. —Amonestación.—No es procedente la reposición del procedimiento que se funda en agravios contra los cuales no se protestó en la instancia en que se causaron.

Tampoco es procedente la que se funda en agravios contra los cuales se protestó oportunamente, pero que la ley no reconoce como causas que autoricen la reposición de las actuaciones judiciales.

Los tribunales superiores en todo los casos de apelación y de revisión, tienen las mismas facultades que los jueces.

Para que exista el delito de cohecho en un acto indebido ejecutado por un empleado público, es indispensable que concurra el elemento constitutivo del interés de lucrar.

En toda sentencia condenatoria se prevendrá que se amoneste al reo para que no reincida en el delito por el cual se le condena.

Méjico, 15 de enero de 1907. Tribunal Superior del Distrito.

Hecho violatorio.—Concepto.—Apreciación de los hechos.—La designación del hecho violatorio no es precisa en la queja en que el recurrente expresa que faltan al delito penado por la sentencia recurrida dos de sus elementos constitutivos, sin señalar el hecho que entraña la infracción reclamada ó algún considerando que rija la parte resolutiva de la sentencia y que contenga ese hecho. Es inexacto su señalamiento en la queja en que se afirma que faltan al delito imputado al recurrente dos de sus elementos constitutivos, si están comprendidos éstos en la pregunta votada afirmativamente por el jurado.

Es inadecuado el concepto que se hace consistir en la relación que se supone existente entre la ley que se cita como violada y el hecho violatorio, cuando éste es inexacto.

Los hechos establecidos por el jurado en su veredicto, son inatacables por medio del recurso de casación.

Méjico, 12 de enero de 1907.—Tribunal Superior del Distrito.

Cesión de derechos.—Cesionario.—Cesión de crédito —Bienes hereditarios.—La naturaleza de la acción ejercitada en un juicio, se determina por la del contrato en que se funda.

Es cesión de acciones el contrato que se celebra entre el vendedor y el comprador, cuando faculta el primero al segundo para percibir lo que á aquel corresponda en una sucesión y en un depósito.

Queda plenamente probado con la escritura pública en que el contrato se consigna.

El cesionario de los derechos á un depósito, adquiere solamente los derechos cedidos y no el depósito mismo.

En la cesión de crédito se comprenden todos sus accesorios consistentes en caución, privilegio ó hipoteca.

Siendo el objeto del secuestro judicial garantizar los derechos deducidos ó que pueden deducirse en juicio, produce efecto contra tercero á favor del acreedor personal á quien la ley concede no sólo la garantía sino el ejercicio de la acción pauliana ó revocatoria.

Sobre los bienes hereditarios tienen los herederos el dominio ó derecho de propiedad, sin que obste lo indiviso de la masa hereditaria, cuando aquéllos son varios.

Cada uno de ellos puede usar ó disponer libremente de la cosa común, á condición de no cambiar su destino.

Los derechos hereditarios tienen el carácter de reales.

La venta de los que están impuestos sobre bienes inmuebles é implican una simple pretension á la herencia, no está sujeta á registro.

La venta de los que, siendo claros y reconocidos, representan la herencia misma, sí necesita registro para surtir efectos legales.

No tienen el carácter de derechos litigiosos los derechos hereditarios que están reconocidos, supuesto que sólo son litigiosos los que son objeto de litigio, están en tela de juicio ó en disputa.

Pueden tener esta calidad los derechos hereditarios que no están reconocidos; pero no lo adquieren por el simple hecho de ser objeto de un embargo para hacer efectiva la garantía á que están afectos.

No es obligación alternativa la contenida en un contrato en que se estipula que no se levantará el secuestro practicado en unos derechos hereditarios; sino hasta que el acreedor esté pagado con otros derechos á un depósito que también se afectan al cumplimiento del contrato.

Méjico, 14 de enero de 1907.

Procedencia.—Casación. — Violación.—Con relación á la sentencia recurrida deben precisarse los elementos indispensables para la procedencia del recurso.

No es apta la queja que se funda en violaciones de ley cometidas en la acusación y no en la sentencia.

Carece de precisión la queja que no designa la resolución de la sentencia que contiene las violaciones alegadas.

Méjico, 1º de febrero de 1907.—Juzgado 1º de lo Civil.

Competencia.—Costas.—Procede la excepción de incompetencia contra los jueces ordinarios cuando existe un compromiso que obliga á los interesados á someter sus diferencias á la decisión de un tribunal de arbitraje.

No procede condenación al pago de costas cuando ninguno de los litigantes obra con temeridad, á juicio del juez sentenciador.

Tepic, 9 de enero de 1907.—Tribunal superior del Territorio de Tepic.

Procedimiento judicial.—Notificación.—Nulidad de actuaciones.—Siendo el procedimiento judicial de derecho público, los tribunales tienen el estricto deber de cuidar que se observen con toda escrupulosidad las disposiciones que lo norman, á fin de evitar que los juicios sean declarados nulos y se perjudiquen los derechos de los litigantes.

El objeto de que se hagan las notificaciones en la forma determinada por la ley, es que los litigantes puedan hacer valer en tiempo los derechos y recursos que la ley les concede.

Las hechas ilegalmente facultan al agraviado para pedir la nulidad de lo actuado.

Son actuaciones nulas todas las practicadas después de una notificación hecha en forma ilegal.

Puede declararse de oficio la nulidad de actuaciones por no haber disposición que lo prohiba terminantemente.

Las providencias ilegales no pueden ser reclamadas por quien las consiente.

No se entienden consentidas por quien no tiene conocimiento de ellas.

No puede seguirse juicio sin incurrir en absurdo, contra personas á quienes no se proporcionan los medios de hacer valer los derechos que la ley les otorga.

Méjico, 15 de enero de 1907.—Tribunal Superior del Distrito.

Agravio.— Ley violada.—Casación.—Causal nueva.—Improcedencia.—Es agravio supuesto el que se hace consistir en haber declarado el tribunal sentenciador no tener facultades para conocer sino de determinadas causas de reposición del procedimiento, cuando lo que decidió fué que no era de reponerse el procedimiento.

No existe ley violada cuando la sentencia recurrida nada resuelve contra la disposición que se cita como infringida.

No cabe reposición del procedimiento por causas que corresponden al fondo.

Se introduce un medio nuevo en el recurso siempre que se alega una causa que no se hizo valer en su oportunidad.

Es inepto el recurso en que se omiten los fundamentos del concepto.

Procede la declaración de interposición ilegal del recurso siempre que el escrito de queja, además de adolecer de confusión y falta de claridad, no llena ninguno de los requisitos exigidos por la ley.

Méjico, 7 de agosto de 1907.

Casación; procedencia del recurso.—Infracción.—La Sala de casación debe declarar previamente lo que corresponda sobre la legal interposición del recurso, atentos los requisitos de procedencia, tiempo y forma.

No hay concepto preciso en el recurso en que se citan conjuntamente las causas de casación comprendidas en el artículo 711 del Código de Procedimiento Civil.

Tampoco lo hay cuando no se establece la relación debida entre la causa, la ley violada y la resolución recurida.

Hace el supuesto de la cuestión el recurrente que afirma que el juez sentenciador tomó en cuenta una excepción no opuesta, cuando éste se limitó á examinar los elementos de la acción.

Es de responsabilidad de los jueces tomar de oficio en consideración la falta de mandato.

FRANCIA (1)

Personas y derechos de familia

POR LUIS JOSSERAND

Profesor de la Facultad de derecho de la Universidad de Lyon.

Matrimonio; potestad paterna; derecho del padre de oponerse al matrimonio de su hijo; abuso de este derecho.—El tribunal Civil de Villefranche había sentado el principio de que la negativa de un padre para consentir en el matrimonio de su hijo no podría hacerlo responsable, "ya que en realidad no era sino el pleno ejercicio de ese derecho de oposición al matrimonio que la ley confiere al padre de familia para que use de él hasta la celebración, discrecionalmente, libremente y sin control"; y el tribunal, ampliando su argumentación, declaraba que "el ejercicio regular y legal de un derecho no puede jamás y en caso alguno transformarse en el abuso de ese derecho". Era la condenación expresa de la teoría subjetiva del abuso de los derechos.

La Corte de Lyon que tuvo que conocer del fallo del tribunal de Villefranche, no vaciló en revocarlo colocándose en un punto de vista diametralmente opuesto. Declaró que "el derecho del padre de familia de oponerse al matrimonio de sus hijos, si bien es incontestable no puede sin embargo, degenerar en abuso". Sin duda el padre comete un abuso manifiesto si, después de haber dado á entender que daría su consentimiento y haber alenta-

(1) De la *Revue trimestrielle de Droit Civil*. Año 6.°-1907. N.° 2 abril-mayo-junio.—Paris.

do así las relaciones que se habían establecido entre los futuros esposos, faltó á su promesa sin razón alguna.

Es éste, pues, el caso de un nuevo derecho, reputado hasta aquí discrecional y absoluto y que la jurisprudencia pretende restringir como tantos otros y que no podrá ejercerse impunemente sino por motivos legítimos, (Lyon, 23 enero 1907. *Monit. judic. de Lyon*, 30 abril 1907.

Legitimación por matrimonio posterior; hijo concebido antes de la transcripción del divorcio de uno uno autores; hijo adulterio.— Un hijo no puede ser legitimado por una declaración de reconocimiento en el momento del matrimonio de sus padres sino en el caso de que tuviera en el momento de su concepción, la condición de hijo natural simple y nó la de hijo adulterino. No podrá, por consig[illegible] legitimarse el hijo concebido en una ép[illegible] que uno de sus padres se hallaba aún l[illegible] por los lazos de un matrimonio anterior. [illegible] importa que un fallo de divorcio haya [illegible] pronunciado con anterioridad, si aún no [illegible] bía sido transcrito, porque, en el sistema la ley de 18 de abril de 1886 no es la res[illegible] ción del tribunal la que disuelve el matrim[illegible] nio, sino sólo su inscripción en los regis[illegible] del estado civil, en conformidad á los art[illegible] los 251 y siguientes del Código Civil. [illegible] consiguiente, el oficial de registro civil se [illegible] ga con perfecto derecho á declarar el re[illegible] cimiento de un hijo natural propuesto [illegible] semejantes condiciones. (Trib. civ. Sena [illegible] diciembre 1903, *Gaz. trib.* 21 abril 1907)

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

Obligaciones y contratos especiales

Por René Demogue

Profesor agregado á la facultad de Derecho de la Universidad de Lille

I. Obligaciones en general

A.—*Condiciones de existencia de las obligaciones delictuosas*

Responsabilidad de los jefes de un sindicato por actos ejecutados en esa calidad.

El Tribunal del Sena ha fallado el 5 diciembre 1905 (D. 1907. 2. 32, con una nota de M. Planiol) una cuestión muy interesante y muy práctica sobre responsabilidad. Un sindicato impide por manejos ilícitos que un obrero encuentre trabajo. Lo condenan por ese hecho á una indemnización de perjuicios. Pero se disuelve entonces y se reconstituye bajo otro nombre. El fraude es evidente ¿cómo evitarlo? El tribunal ha establecido que el obrero perjudicado podía dirigirse contra los jefes del sindicato en persona, pero con la condición de probar la parte personal y activa que han tomado en el acto denunciado. No ha admitido por lo demás que pudiera perjudicar la acción el hecho de que los jefes del sindicato han obrado en conformidad á los estatutos, porque no hay estatutos que puedan autorizar á una persona á perjudicar injustamente. Estas soluciones son, en suma, las mismas que ha dado recientemente el tribunal de Château-Goutier (13 nov. 1906, *Revista*, 1907, p. 96).

Responsabilidad por los actos de un empleado.

El amo es responsable hasta del abuso del empleado en el ejercicio de sus funciones (V. *Revista*, 1906, p. 673) y especialmente de la ejecución irregular de una orden. Por ejemplo un propietario de automóvil responde del accidente causado por su "chauffeur" que se fué á hacer un paseo de agrado siendo que había recibido orden de llevar el automóvil al depósito. Así lo ha resuelto en conformidad con la solución de las salas civiles, la sala criminal, el 23 de marzo de 1907 (*Gaz. des Trib.*, 20 abril 1907). Pero tal vez el fallo, en lugar de deducir en este caso la responsabilidad de un deber de vigilancia que no siempre puede ejercerse, habría debido desprenderla de la obligación de elegir bien á su empleado.

Responsabilidad de los impresores.

Hay que relacionar un fallo de la Corte de Nimes de 30 de enero de 1907 (*Gaz. du Pal.*, 1907, 1, 2171) con la jurisprudencia ya señalada por nosotros, según la cual un impresor es civilmente responsable de una difamación hecha por avisos cuando es imposible aceptar que su composición, su contenido, su número considerable é inusitado haya podido escapar á su vigilancia y que se haya equivo-

cado acerca del propósito culpable que se perseguía. Este fallo no llega sin duda hasta establecer una verdadera obligación de asegurarse del carácter no diluctuoso de los escritos publicados, como otros ya lo han hecho, pero no exige tampoco la prueba directa del conocimiento de la difamación. Tiene, pues, un lugar especial en este desarrollo tan interesante de la jurisprudencia.

De la responsabilidad delictuosa invocada á falta de responsabilidad contractual.

No encontrándose reunidas en un negocio las condiciones de la responsabilidad contractual, puede invocarse la responsabilidad cuasi-delictual para obtener una indemnización por razón del perjuicio sufrido. En este sentido la sala de admisibilidad ha hecho una aplicación interesante el 7 de enero de 1907 (S. 1907. 1. 37). Habiendo colocado valores un viajero en un bulto que debía trasportar el ferrocarril, sin declararlos, infringiendo en este punto las disposiciones del reglamento, se le ha aceptado el derecho de reclamar una indemnización, estando establecido el hecho de que los valores habían sido robados por agentes de la Compañía. Esta solución ya había sido admitida por fallos muy antiguos. (16 marzo 1859, S. 59. 1. 461; 26 abril 1859, S. 59. 1. 454; 18 abril 1848, S. 48. 1. 399).

B.—Pruebas de las obligaciones

¿Puede probarse por testigos el hecho de poner una firma?

Si bien los hechos puros y simples pueden probarse por testigos, los hechos jurídicos deben probarse por escrito cuando se refieren á cosas de más de 150 francos. ¿En qué categoría debe colocarse la prueba del hecho de que un individuo ha puesto su firma al pie de un instrumento?

La Corte de Casación, sala de admisibilidad, ha resuelto el 18 de julio de 1906 (S. 1906. 1.488, D. 1907, 1.111), que la prueba testimonial era inadmisible, porque se trataba de un hecho jurídico propiamente tal y en un caso en que la prueba la ofrecía el acreedor contra el deudor que negaba su firma diciendo que no sabía firmar.

Creemos que esta solución es inexacta porque se trataba, nó de probar directamente la obligación, hecho jurídico, sino de probar la existencia de un instrumento como prueba, demostrando que estaba firmado por la persona cuyo nombre estaba puesto en él. Probar que ese escrito es una prueba y no una simple nota ó proyecto es sin duda probar algo jurídico, pero es probar algo que en sí es un hecho del que no se puede racionalmente exigir prueba escrita. Es lo mismo que cuando se pretende probar una obligación cuyo título, redactado por escrito, ha sido destruído. Probar que ese título ha existido, es probar un hecho que tiene en realidad consecuencias jurídicas, pero eso puede, sin embargo, probarse por testigos. En este caso, no siendo en sí mismo el instrumento privado prueba bastante y debiendo el deudor á quien se opone simplemente reconocerlo ó negarlo, es necesario probar que puede ser prueba, que es un instrumento y no un simple borrador. Y eso, no siempre puede hacerse sin testigos. Y hasta diré que, en rigor, eso casi siempre deberá probarse por testigos.

En efecto, uno de estos dos casos se presentan: ó el deudor dice no sabe firmar y entonces es necesario probar que ha firmado el instrumento, ó el deudor sabe firmar. En el primer caso sería necesario tener un nuevo escrito en que constara que ha firmado el primer instrumento. Pero si se trata de un instrumento privado, la firma puede á la vez negarse. Se entraría entonces á una cadena de dificultades sin fin. En el segundo caso de que el deudor sepa firmar, la prueba de la firma negada puede hacerse por una nueva firma ó por firmas auténticas, de acuerdo con los términos del artículo 200 del Código de Procedimiento. Pero si el firmante ha muerto y no se tienen de él firmas reconocidas ¿no será necesario recurrir á la prueba de testigos?

Por lo demás ¿no basta leer el artículo 195 del Código de Procedimiento para ver que la verificación de escrituras puede ordenarse "tanto por medio de títulos como por medio de peritos y de testigos"? (1).

(1) Véase respecto de esta cuestión la interesante doctrina establecida por nuestra Corte Suprema.

¿Es de orden público la prohibición de la prueba testimonial?

La prohibición de la prueba de testigos en ciertas materias, no es un principio de orden público. La jurisprudencia ha admitido siempre, por consiguiente, que se podían oir declaraciones testimoniales siempre que los interesados no se opusieren á ello. La Corte de Casación, sala criminal, ha fallado en el mismo sentido el 9 de febrero de 1907 (*Caz Pal.*, 1907, I, 383) estableciendo que el artículo 1705 que prohibe la prueba testimonial de un arriendo que aún no ha comenzado, no se aplica si las partes no lo invocan en su defensa.

C. Interpretación de las obligaciones

Interpretación de las pólizas de seguros.

Citemos una interpretación equitativa de la Corte de Reims, 6 de febrero de 1907 (*La Loi*, del 28 de marzo). Un asegurado que declara ser obrero mecánico siendo que tiene además un terreno en que trabaja principalmente su mujer, no puede perder el beneficio de un seguro contra incendio, bajo pretexto de una declaración inexacta: este hecho no puede modificar la opinión del riesgo, aún si la póliza preveía la falsa declaración en la calidad ó en el domicilio del asegurado. La Corte ha rechazado igualmente una demanda de caducidad del contrato, fundada en que el reclamo era exagerado por no haberse establecido que la exageración se hubiera cometido de mala fe.

Otros fallos, por el contrario tienden á interpretar literalmente las cláusulas de las pólizas. Así, la Corte de Nancy, el 10 de noviembre de 1906 (*La Loi*, 18 abril 1907), declaró caducado un seguro que obligaba al asegurado á declarar los siniestros y á entregar todas las piezas que recibiera referentes al arreglo del siniestro, por no haber cumplido esta obligación y haber comunicado únicamente al asegurador la asignación de la víctima sin participar antes dato alguno. Esta resolución se pronunció en un caso en que el accidente objeto del seguro había dado lugar á una investigación escrita hecha por un ministro de fe que era á la vez agente del asegurador y redactor de la póliza. Al aguardar éste silencio ¿no habría cometido una falta que comprometía la responsabilidad de la compañía y no era su silencio una verdadera trampa tendida al asegurado?

D. Efectos de las obligaciones

Efectos producidos por un acto nulo.

Cuando un acto es nulo, se considera que no ha existido y todo debe restablecerse al mismo estado que si no hubiera existido jamás. Sin embargo, dos fallos de la Corte de Casación, (Cas. 29 julio 1891, S. 91, 1.393; 16 de diciembre 1901, S. 1906. 1.486), derogan este principio elemental y adoptan una solución ya acogida por fallos más antiguos (Cas. 27 mayo 1839, S. 39. 1. 677; 25 mayo 1869, S. 70. 1. 13).

He aquí los hechos. Un privilegio exclusivo por un invento es nulo; sin embargo, el titular de este privilegio celebró contratos respecto de él: concedió permiso para usarlo y percibió por este motivo ciertas cantidades, ó bien como en el caso del último fallo, el mandatario encargado de tomar el privilegio lo ha tomado en su propio nombre apropián-

---

que concuerda con la nota anterior. Esta doctrina puede resumirse en los términos siguientes: En todo instrumento hay que distinguir el acto ó contrato á que sirve de prueba y el escrito ó la confección material del escrito en quese hace constar. La confección del escrito ó su suscripción por la persona ó personas que aparecen firmándolo, pueden ser establecidas por declaraciones de testigos.

Acreditada la autenticidad del documento por las declaraciones de los testigos instrumentales y debiendo estimarse reconocido conforme á los preceptos legales por la parte que lo acredita, constituye un principio de prueba por escrito que puede hacer admisible la prueba testimonial de la obligación de que da testimonio.

Sobre la confección misma de un instrumento no cabe exigir prueba por escrito, sin incurrir en un círculo vicioso, y quedaría á merced de la declaración del deudor el mérito del documento escrito para dar cumplimiento á la ley.

Esta doctrina se encuentra consignada en la sentencia de casación de 20 de mayo de 1905, publicada en esta Revista, Año II, Segunda parte, Sección 1.ª pág. 401.—O. D. I.

dose así el beneficio durante varios años. El inventor cuyo privilegio es nulo; ¿ha percibido ó no regularmente esas cantidades? Y en el otro caso, ¿puede reclamar una indemnización al mandatario infiel? La Corte de Casación ha resuelto afirmativamente en todos estos casos. No creemos que haya allí una decisión especial para las patentes de privilegios exclusivos, sino la consagración implícita de la máxima. *Error communis facit jus.* Sin duda la Corte no lo dice, pero cuida de repetir en sus diversos fallos que el privilegio durante cierto tiempo no había sido objeto de ninguna impugnación: lo que significa como consecuencia que había error común en cuanto á su validez. Podía decirse, en consecuencia, que este error había dado al pretendido inventor los mismos derechos que si su privilegio hubiera sido regular.

Efectos de la cláusula penal.

La Corte de Amiens (26 enero 1907, *Gaz. des Trib.* de 15 y 16 de abril) ha dado una solución de interpretación de contrato que parece extraña. Se contrata á un empleado y se conviene que si deja á su patrón, perderá la caución que ha depositado y por otra parte no podrá ver á los clientes que visitaba por cuenta de su patrón durante dos años. La Corte ha resuelto que el empleado que dejaba la casa perdía la caución y que, por otra parte, habiendo sido provista esta cláusula penal para todas las contravenciones en que incurriría faltando á sus obligaciones, no había para qué pronunciar un apremio por las inejecuciones posibles. Y de aquí se desprende esta consecuencia: habiendo adquirido el patrón la indemnización de perjuicios, el empleado puede en lo sucesivo, impunemente, contravenir a sus obligaciones. Es esa una consecuencia lógica pero poco satisfactoria del efecto de las cláusulas penales y del principio de que las obligaciones de hacer no pueden cumplirse directamente en especie.

D. Extinción de las obligaciones

Condiciones de validez de una consignación.

La jurisprudencia, impresionada por las graves consecuencias que se derivan de las liberaciones producidas en contra de la voluntad del acreedor, ha aplicado siempre con rigor los principios de la ley en materia de ofertas reales y de consignaciones (v. *Revue*, 1905, p. 904 y 1906, p 166). Revela el mismo espíritu un fallo de la Corte de Bijon, de 31 de diciembre de 1906 (*Gazette des Tribunaux* de 24 abril 1907), que ha fallado que no podía considerarse válida una consignación no precedida de ofertas reales, porque la ley no declaraba liberatorias sino las ofertas seguidas de consignación. Y esto es así aún en el caso de que habiéndose decretado embargos en manos del deudor, pueda proveerse que el acreedor no quiera ó no pueda aceptar las condiciones de esos embargos y especialmente no se halle en aptitud de alzarlos. El acreedor tiene, en efecto, un interés que la ley ha querido resguardar, en cerciorarse de si la suma ofrecida corresponde exactamente á la cantidad debida. Esta obligación doble de deudor había sido reconocida por lo demás desde hace mucho tiempo por un fallo de la Sala de admisibilidad de 26 de noviembre de 1818. (Dalloz, *Rep.* v. *Obligaciones* Nº 2194

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

REVISTAS

Francia

Bulletin mensuel de la Société de Legislatión Comparée.—Núm. 8-9.— Agosto — septiembre 1906.

Estudio sobre el régimen de los cultos en Bulgaria, por M. L. Lamouche.

Estudio sobre el Estado y las Iglesias en los Países Bajos, por M. H. Verkouteren.

Obras.

Bélgica

Revue de Droit International et de Legislatión Comparée.—Núm. 6.—1906.

De la obligación alimenticia según los principales Códigos de Europa, por M. Ernest Lehr.

Reglamentos é instrucciones del Gobierno japonés sobre el tratamiento de los rusos durante la guerra ruso japonesa.—Traducción y observaciones de M. Masanosuké Akiyama.

Los cónsules en los países que forman parte de la comunidad internacional. —Admisión, *exequatur*, privilegios é inmunidades, por M. Camille Jordan.

Algunos puntos de derecho internacional privado rumano en la jurisprudencia rumana, por M. Georges Flaischlen.

Notas bibliográficas.

Italia

Rivista Penale di dottrina, legislazione é giurisprudenza.—Fascicolo VI.—Diciembre 1906.

Jurisprudencia.—Corte de Casación.

Indice general del año XXXII de la *Rivista Penale.*

Indice de las materias contenidas en el volúmen LXIV

España

Revista General de Legislación y Jurisprudencia.—El derecho en los nuevos estudios y en las nuevas ideas.—Carlos Lessona.

La Memoria del Fiscal Supremo.—P. González del Alba.

Evolución de la pena.—Juliusz Makarewicz.

Seguros sobre la vida. Problemas de Derecho Internacional.—José Maluquer y Salvador.

Revista de Revistas jurídicas.

Noticias bibliográficas.

Anales de Derecho internacional. El Derecho internacional privado, según el título preliminar del Código Civil español vigente.—Antonio de Castilla y Abril.

Derecho Internacional privado: Consulta.—Manuel Torres Campos.

Estados Unidos

Michigan Law Review.—Núm. 2.—Diciembre 1906.

Algunas contribuciones de psicología al concepto de justicia.—James H. Tufts.

Delegación de autoridad por un agente.—Floyd R. Mechem.

Notas y comentarios.—Fallos recientes importantes.—Literatura legal reciente.

Núm. 3º— Enero 1907.

James Valentine Campbell.—C. A. Kent.

La revisión de las leyes de Estados Unidos.—Everett P. Wheeler.

Notas y comentarios.—Fallos importantes recientes.—Literatura legal reciente.

Harvard Law Review.—Núm. 3.—Enero 1907.

El aspecto legal del monopolio.—Herbert Pope.

Varios problemas de la ley contra las perpetuidades.—Albert Martín Kales.

Cambio de posición como una defensa en los cuasi-contratos.—George P. Costigan.

Notas.—Casos recientes, libros y periódicos.

American Law Review.—Núm. 6.—Noviembre, diciembre 1906.

Hamilton Fish, secretario de Estado.

La ley no federal administrada en las Cortes federales.

El Código Napoleón.—Como fué hecho y su lugar en la jurisprudencia universal.

El privilegio del silencio y los estatutos de inmunidad.

Lord Clarendon.—Una figura notable en la historia legal de Inglaterra.

Conferencia Internacional en Río de Janeiro.

Notas de Derecho Internacional.

Notas sobre asuntos de actualidad.

Notas sobre fallos recientes.

Revista de obras.

Uruguay

La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración.

Montevideo, 30 de junio de 1906.—Año XII.—Núm. 20.

Identificación de los detenidos. Facultades de la policía.—José P. Massera.

Estudios y cuestiones de derecho.—La ignorancia de las leyes en materia penal.—N. Castore.

Jurisprudencia.

Proyecto de Constitución para la República Oriental del Uruguay, por el doctor Enrique Azarola.

Jurisprudencia argentina.

Montevideo, 31 de agosto de 1906.—Año XII.—Núm. 24.

Política Continental Americana.—Justino Jiménez de Aréchaga.

Jurisprudencia.

¿Se requiere intervención judicial en las particiones extrajudiciales en que tienen interés menores sujetos á la patria potestad?—Narciso A. Machado.

Estudios y cuestiones de derecho.—La ignorancia de las leyes en materia penal.—N. Castore.

De la Administración.

Indice de las materias contenidas en el décimo tomo de la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración.*

Montevideo, 15 de septiembre de 1906.—Año XIII.—Núm. 1.

¡Adelante! por Arturo Terra.

Política continental americana.—Justino Jiménez de Aréchaga.

Jurisprudencia.

Consulta.—Validez ó nulidad de un testamento abierto. Disposiciones adicionales no leídas en presencia del testador y testigos.—Daniel García Acevedo.

Registro de la marca "Pascall".

De la Administración.

Montevideo, 30 de septiembre de 1906.—Año XIII.—Núm. 2.

Discurso pronunciado por el doctor Luis Piñeiro del Campo al colocarse la piedra fundamental del edificio de las Facultades de Derecho y de Comercio.

Política Continental Americana.—Justino Jiménez de Aréchaga.

Jurisprudencia.

Registro de la marca "Pascall".

Notas bibliográficas.

Estudios y cuestiones de derecho.—N. Cantore.

Jurisprudencia argentina.

Montevideo, 15 de octubre de 1906.—Año XIII.—Núm. 3.

El Registro General de Ventas.—Su objeto y eficacia.—Damián Vivas Cerantes.

Jurisprudencia.

Consulta.

Sobre subrogación de los Fiscales de Gobierno y Hacienda.

Alta Corte de Justicia.

Estudios y cuestiones de derecho.—N. Cantore.

Política Continental Americana.—Justino Jiménez de Aréchaga.

Jurisprudencia argentina.

De la Administración.

Montevideo, 31 de octubre de 1906.—Año XIII.—Núm. 4.

El Registro General de Ventas.—Su objeto y eficacia.—Damián Vivas Cerantes.

Jurisprudencia.

Política Continental Americana.—Justino Jiménez de Aréchaga.

De la Aministración.

Bolivia

Revista Nacional de Jurisprudencia, Legislación y Administración.—Sucre, enero 15 de 1907.—Año I.—Núm. 1.

Nuestra obra.—La ley internacional J. F. Prida.—Leyes de reformas judiciales de 1905. Discurso de inauguración del año judicial por el Presidente de la Excma. Corte Suprema.—Discurso de inauguración por el Presidente del S. Tribunal de Cuentas.—Notas bibliográficas.—Crónica é informaciones.—Correspondencia privada.

Guatemala

Gaceta de los Tribunales.—Guatemala, noviembre de 1906.—Núm. 3.

Sección editorial.—21 de noviembre.—Fiestas de Minerva.

Sección oficial.—Decreto núm. 652.—Manifestaciones de condolencia.—Archivo de Protocolos.

Corte Suprema de Justicia.—Resoluciones.

Costa Rica

El Foro.—San José, 15 de diciembre de 1906.—Núm. 8.

La hipoteca en nuestro derecho positivo.—Término en que el Poder Ejecutivo debe cumplir sus obligaciones.—Prueba pericial.—Exacción de derechos fiscales sobre equipajes de personas que atraviesan el territorio nacional.—Colección de las principales Constituciones Políticas del mundo: Constitución Política de los Estados Unidos de América.—Notas,

Méjico

Diario de Jurisprudencia.—Núms. 74 á 99 del 26 de noviembre al 25 de diciembre de 1906.—Nums. 1 á 5 del 1º al 5 de enero de 1907.

Jurisprudencia de los tribunales mejicanos.

OBRAS

Francia

Las leyes de seguro obrero en el extranjero. III.—*Seguro contra la invalidez* (primera parte), por M. Maurice Bellom.—1 volúmen en 8º; París, A. Rousseau, 1905. — Precio: 15 francos.

M. Maurice Bellom, después de haber estudiado el seguro contra la enfermedad y el seguro contra los accidentes en el extranjero, llega por fin á la tercera parte de su inmensa obra, al seguro contra la invalidez.

Esta parte comprenderá sin duda dos volúmenes. Acaba de aparecer el primero; está consagrado exclusivamente á Alemania. El desarrollo excepcional que el autor ha dado á las explicaciones que ha creido deber proporcionar sobre este país, se justifica por la importancia considerable de su legislación respecto al seguro contra la invalidez.

En una introducción magistral, M. Bellom expone por de pronto los principios que, de una manera general, rigen la materia, y examina el valor de los diferentes sistemas propuestos ó adoptados en el extranjero, cuya aplicación estudia por medio de sabios calculos y de tablas de invalidez formadas con un cuidado especial.

Se ocupa en seguida de Alemania. El régimen actual ha sido instituido por muchas leyes, de las cuales la última, de 13 de julio de 1899, ha refundido los textos publicados anteriormente (la traducción de esta ley, debida á M. Bellom, ha sido insertada en el *Annuaire de Législation étrangère*, año 29, p. 109 y sigt.) El autor estudia, en sus menores detalles, el mecanismo de la institución. El seguro obligatorio contra la invalidez se extiende normalmente á los obreros y á los sirvientes domésticos, y, además, á todos los que alquilan sus servicios y cuyos salarios son poco subidos, tales como empleados de comercio, empleados técnicos, y aun profesores cuya remuneración anual es inferior á 2,000 marcos. Al lado de estas personas que están obligadas á asegurarse, hay otras para las cuales el seguro es sólo facultativo. Los fondos que sirven para el pago de las pensiones se forman por los depósitos efectuados por los patrones y por los asalariados, correspondiendo á los primeros soportar la mitad de la contribución y á los segundos la otra mitad. El Estado completa la pensión con una cuota de 50 marcos por pensionado. Hay que observar, por lo demás, que la invalidez proveniente de la vejez sólo da derecho á pensión á contar desde la edad de setenta años.

La legislación alemana nos parece sabia y prudente, y desearíamos que el legislador francés supiera inspirarse en ella. Desde que se acepta el principio de la asistencia obligatoria, hay que admitir, como la contra-parte, la obligación del seguro y la contribución forzosa de los interesados. Es el único sistema equitativo y práctico, el único que no expone á los contribuyentes previsores á ser ellos solos los que soporten los gastos de socorros distribuidos á sus conciudadanos imprevisores.

FERNAND DAGUIN.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

REVISTAS

Francia

Revue trimestrielle de droit civil.—Núm. 4. —Octubre, noviembre, diciembre 1906.

De la suerte de las hipotecas otorgadas durante la indivisión respecto de los herederos acreedores de alcances, por Albert Whal.

Las analogías de la jurisprudencia administrativa y de la jurisprudencia civil, por J. Charmont.

Estudio sobre la exposición hecha por M. Hauriou de los principios de la ley de 9 de diciembre de 1905 sobre la separación de la iglesia y del estado, por R. Saleilles.

Bibliografía de obras sobre el derecho civil.

Jurisprudencia francesa en materia de derecho civil.

Notas parlamentarias.

Tabla alfabética de materias.

Revue de droit international privé et de droit pénal international.—Núm. 6.—Noviembre-diciembre 1906.

El artículo 3º del Código Civil y la jurisprudencia francesa de 1804 á 1904, por H. Donnedieu de Vabres.

Estudio sobre algunos conflictos de leyes en los arbitrajes internacionales de la primera mitad del siglo XIX, por J. Basdevant.

La cuarta conferencia de derecho internacional privado de La Haya. El proyecto de convención relativo á los conflictos de leyes en materia de sesiones y testamentos, por P. Missir.

El derecho constitucional en los Estados Unidos y la cuestión de los escolares japoneses en San Francisco, por E. C. Stowell.

Bibliografía general del derecho internacional privado y del derecho penal internacional.

Jurisprudencia.—Actualidades.—Bibliografía.—Tablas anuales.

Journal de droit international privé. 1906. —Núm. XI-XII.

Bibliografía sistemática.

Indices de 1906.—Indice de artículos.—Indice cronológico.—Indice de los nombres de las partes.—Indice analítico.—Indice de los nombres de autores.

Bulletin mensuelle de la société de législation comparée.—Núm. 2.—Febrero 1907.

Sesión de 16 de enero de 1907.

Alocución del presidente Paul Leroy Beaulieu.

Comunicación de M. Berthélemy sobre el impuesto sobre la renta en Prusia.

Observaciones de M. M. Poignant, Berthélemy, Paul Leroy-Beaulieu, J. Challamel, G. Blondel y R. Stourm.

Reunión de secciones.—Sección de las lenguas del Norte.—Sección de la lengua francesa.

Crónica legislativa. Francia.

Movimiento legislativo.—Venezuela.

Obras.

Bélgica

Revue de droit international et de legislation comparée.

Los acontecimientos de Bulgaria y de Rumelia oriental desde el punto de vista del derecho internacional, por Michel S. Kebedgy.

De la potestad y de la tutela paterna según los principales Códigos de Europa. Estudio de legislación comparada, por Ernest Lehr.

Noticias.—Notas bibliográficas.

Italia

Rivista Penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza. — Dispensa 263. — Febrero 1904.

Razón del derecho de castigar.—Emanuele Carnevale.

De la acción civil después de un fallo penal liberatorio, en la doctrina y en la legislación italiana, con relación al proyecto del nuevo Código de Procedimiento Penal. Carlo Francesco Ansaldi.

Jurisprudencia.

Legislación italiana.

Magistratura y reforma.

Defensa gratuita de los pobres.

Plagio.—Crónica.—Efemérides.—Bibliografía.

Il foro Irpino.—Núm. 1.—Avellino, 14 enero 1907.

El foro avellinense contra los proyectos de ley del Ministro Gallo.

Del honorario debido al abogado.

La inauguración del año jurídico en el Tribunal de Avellino.

Jurisprudencia civil.—Jurisprudencia general.

Notas breves.

Estados Unidos

Columbia Law Review.—Núm. 8.—Diciembre 1906.

Las hipotecas en Nueva York y las leyes sobre inscripción de la propiedad.

Las disposiciones legales en el caso de Clarkson Home.

Los derechos del depositario según el artículo 67 A. de la ley nacional de quiebras.

Notas.—Fallos recientes.—Revista de libros.

Indice del vol. IV.

Núm. 1.—Enero 1907.

Algunas indicaciones relativas á las disposiciones legales sobre inmuebles por adhesión.

La doctrina sustentada por la Compañía de Hielos de Boston en su juicio contra Potter.

Notas.—Fallos recientes.—Revista de libros.

Ecuador

Revista de la Sociedad Jurídica-Literaria.—Núm. 51.—Setiembre de 1906.

Conferencia sobre psicología moderna, por doña Marieta de Veintemilla.

Discurso de don José María Ayora.

Marieta de Veintemilla y su conferencia.

Bolivia

Revista Nacional de Jurisprudencia, Legislación y Admnistración.—Núm. 2.—Sucre. Enero 31 de 1907.

Apelaciones.—Hermenéutica jurídica.—Leyes sobre cultos y minas.—Jurisprudencia de la Corte Suprema.—Informe del Presidente de la Corte Superior de Chuquisaca.—Resoluciones supremas y autos del Tribunal de Cuentas.—Bibliografía.—Crónica.—Notas.—Correspondencia.

Núm. 3.—Sucre.—Febrero 15 de 1907.—Temas de estudio.—Discurso del Presidente del Centro Jurídico.—Método para el estudio del Derecho civil.—Ley del servicio militar.—Autos de la Corte Suprema.—Resoluciones supremas.—Bibliografía.—Crónica.—Notas.—Correspondencia.

Costa Rica

El Foro.—Núm. 9.—San José, 15 de enero de 1907.—El ensañamiento.—Conflicto entre una disposición civil y otra de lo criminal.—

Legislación nacional.—Ley sobre trabajo de penados.—Jurisprudencia de nuestros tribunales.—El estudio y la enseñanza del derecho.—Curioso juicio criminal en tiempo de la colonia.—Colección de las principales constituciones políticas del mundo.—Constitución política de Cuba.—Notas.

Núm. 10.—San José 15 de febrero de 1907. —Memoria del secretario del colegio de abogados.—El estudio y la enseñanza del derecho.—El amor en el Código Civil.—Notas.

Méjico

Diario de Jurisprudencia.—Núms. 6 á 34, de 7 de enero á 9 de febrero de 1907.

Jurisprudencia de los tribunales de Méjico.

Obras

Sociología Criminal, por Enrico Ferri, profesor en la Universidad de Roma y en la Universidad de Bruselas, diputado del Parlamento italiano.—Traducido del italiano por Léon Terrier. Un volúmen de III.—640 páginas.—Biblioteca de filosofía contemporánea. F. Alcan, París

M. Ferri es uno de los jefes más notables de la escuela criminalista, y sus estudios han llamado, desde hace tiempo, la atención del mundo político y judicial. Con Lombroso y Garofalo, fué uno de los primeros en romper con las ideas tradicionales, teóricas y prácticas sobre la "justicia penal" y en provocar el movimiento de reforma científica que tuvo tanta resonancia en los Congresos de Antropología criminal. La importante obra que anunciamos es una traducción hecha sobre la cuarta edición italiana. Comprende cuatro capítulos en que el autor estudia los datos suministrados por la antropología y la estadística criminales, la teoría positiva de la responsabilidad penal, y, por último, las reformas prácticas. En su conclusión el autor considera el porvenir de la ciencia y de la práctica penal, mientras que, en la introducción, expone el fin y la razón de ser de la escuela criminalógica positivista, de la cual es uno de los más brillantes representantes. En esta última, traza también el origen de la nueva escuela, oponiendo sus tendencias á las de la escuela clásica.

Beccaria fué el primero que supo elevar el derecho criminal á la dignidad de sistema filosófico. Fué seguido por una pléyade de pensadores, y, entre las corrientes científicas á que dió nacimiento su libro, hay una que sobrepujó á todas las demás y que llegó á ser la escuela clásica de derecho criminal. Esta escuela tenía un fin práctico: la disminución de las penas y en gran parte su supresión, reaccionando así contra el empirismo cruel de la edad media; había observado también un método práctico; el estudio *á priorie* del delito como un ser jurídico abstracto. Al mismo tiempo que Beccaria perseguía el desarrollo de la teoría del delito, John Howard provocaba en Inglaterra un movimiento en favor de la reforma del régimen penitenciario. Le había bastado para esto formar el cuadro del estado miserable de desaseo y de corrupción moral en que vivían los condenados en las prisiones de Europa que había visitado, y describir los primeros ensayos de aislamiento celular que habían tenido lugar especialmente en Italia.

Estas dos escuelas han alcanzado el fin que se proponían, á saber, la una, la disminución de las penas, y la otra, el mejoramiento de la vida en prisión. Pero el estudio del crimen en sí mismo, considerado como entidad jurídica, como lo hacía la escuela clásica, no es hoy suficiente. Para el criminalista clásico, la persona del criminal es un elemento del todo secundario; sólo es un sujeto al cual se aplican fórmulas teóricas imaginadas teóricamente, "un maniquí animado en cuya espalda el juez fija el número de un artículo de ley penal, y que llegá á ser él mismo un *número* por el cumplimiento de la sentencia". La nueva escuela reacciona contra este espíritu y se propone la realización de un doble ideal. En la práctica, persigue la disminución de los delitos, y, en la teoría, se impone, con el objeto de alcanzar este fin práctico, el estudio completo del delito, nó como abstracción jurídica, sino como acción humana, como hecho natural y social; por consiguiente, quiere estudiar ante todo al que comete el delito, es decir al

delincuente. La ciencia criminal deberá averiguar las causas naturales del delito y los remedios que puedan, nó suprimirlo, lo cual es imposible, sino contenerlo en ciertos límites. Debe apoyarse, á este efecto, en la antropología, la psicología y la estadística criminales, en el derecho penal y en los estudios relativos á la reclusión; llega á ser así la ciencia sintética á la cual el autor ha dado el nombre de "Sociología Criminal".

Las divergencias más graves que dividen las ciencias positivas que estudian al hombre como un organismo fisio–psíquico, que nacen y viven en un medio físico y social determinado, y las doctrinas metafísicas de otros tiempos sobre el delito, la pena y la justicia penal, son resumidas por el autor de la manera siguiente:

Entre los principios en que se basaba el derecho criminal y penal, tal como se lo comprendía hasta el presente, se encuentran los tres postulados siguientes:

1º El criminal tiene las mismas ideas y los mismos sentimientos que cualquier otro hombre;

2º El principal efecto de las penas es evitar el aumento de los delitos;

3º El hombre está dotado del libre albedrío ó libertad moral, y, por lo mismo, es moralmente culpable y legalmente responsable por por sus delitos.

En oposición á estas afirmaciones se hallan las siguientes conclusiones de las ciencias experimentales:

1ª La antropología demuestra, por medio de hechos, que el delincuente no es un hombre normal; que, al contrario, por las anomalías orgánicas y psíquicas, hereditarias ó adquiridas, constituye una clase especial, una variedad de la especie humana;

2ª La estadística prueba que la aparición, el aumento, la disminución y la desaparición de los delitos dependen de otros motivos que de las penas inscritas en los Códigos y aplicadas por los magistrados;

3ª La psicología positiva ha demostrado que el pretendido libre albedrío era una pura ilusión subjetiva.

"Estas conclusiones no son, dice el autor, como podría creerse á primera vista, la oración fúnebre del derecho penal". Su libro, por otra parte, tiene por objeto probar que el derecho penal tiene siempre su razón de ser, pero indicará al mismo tiempo la renovación que se produce en los principios de este derecho, en su espíritu y en sus aplicaciones prácticas.

El autor constata con legítima satisfacción que han desaparecido muchas de las antiguas prevenciones respecto de la nueva escuela. "Existe ahora, dice, en estado naciente, una opinión pública y científica que no siente la antigua repulsión contra las nuevas ideas, pues las ve aceptadas más ó menos abiertamente por el mismo gobierno y por los legisladores, como lo prueban sus "leyes de perdón y de condenación condicional" la introducción de la defensa en la instrucción, la organización de la enseñanza científica de la policía judicial, las reformas dirigidas en los sistemas de prisión contra el "sistema celular", al cual estoy orgulloso de haber llamado hace veinte años "una de las aberraciones del siglo XIX," las casas de educación y de higiene fisio-psíquicas para los menores delincuentes y vagabundos, etc".

El libro de M. Ferri, que constituye una exposición tan completa como sabia de una de las más graves cuestiones que pueden presentarse á la atención del público, será ciertamente acogido con favor por este último, que no puede menos de interesarse en el "problema de una justicia social que alcance este doble fin, poner al abrigo de los ataques del crimen la sociedad de gentes honradas, sin arruinadar despiadadamente ni corromper todavía más la persona tan infortunada como peligrosa del criminal".

DANIEL CRICK

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

REVISTAS

Francia

Journal de droit international privé.—1907 Núms. I-II.

De la condición jurídica de los extranjeros en Marruecos bajo el punto de vista civil, por D. Saurin, abogado en Tanger.

De la influencia de la Convención de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre las cuestiones de divorcio en Francia entre esposos de nacionalidad diferente, por A. Droz, abogado en la Corte de París.

El derecho de asilo en Inglaterra después de la ley sobre los extranjeros, Aliens Act. de 1905 (N. W. Sibley, barrister at law de Lincon's Inn y Alf. Elías, barrister at law de Gray's Inn, Londres).

Una "quoestio inextricata" de derecho internacional privado, en materia de donación entre vivos, por D. J. Jitta, profesor de la Universidad de Amsterdan.

De los enajenados mentales rusos en el extranjero, por A. Heycking, cónsul de Rusia en New Castle on Tyne.

De la nacionalidad en Turquía, por E. R. Salem, abogado en Salónica.

Principios de derecho internacional privado por M. Bernard, profesor agregado á la Facultad de Derecho de Grenoble.

La represión internacional de las falsas indicaciones referentes al origen de las mercaderías (*provenance*) por L. Lacour, profesor de la Facultad de Derecho de Lille.

Análisis y Extractos.—De la nacionalidad y de la naturalización inglesas.—Situación de los extranjeros ante la ley belga en materia de dibujos y modelos industriales. Algunas cuestiones jurídicas referentes al Estado del Congo.

Cuestiones y soluciones prácticas.

Jurisprudencia: Francia, Alemania, Inglaterra, Bélgica, Chile, Dinamarca, España, Italia, Noruega, Países Bajos, Rumania, Suiza.

Documentos. — Hechos é informaciones. — Bibliografía.

Bulletin mensuel de la société de legislation comparée.—Núm. 3. Marzo de 1907.

Sesión de 20 de febrero de 1907.

Observaciones de los señores V. Marcé, R. Stourne, Berthélemy, Paul Leroy Beaulieu y C. Cheuvreux sobre el informe presentado por M. Berthélemy sobre el impuesto, sobre la renta en Prusia.

Comunicación del señor V. Marcé sobre el impuesto sobre la renta en Austria.

Informe presentado sobre las cuentas de tesorería.

Nota sobre un proyecto de ley sobre el indulto condicional y la ejecución de la pena, presentado á la Cámara de Diputados de Grecia.

Reunión de las secciones. - Sección de idiomas del Norte.—Sección de lengua francesa.—

Sección de lengua inglesa.—Sección de idiomas del Mediodía y del Oriente.

Movimiento legislativo: Australia, Bulgaria, Dinamarca, Islanda, Gran Bretaña é Irlanda, Japón, Paraguay, Persia, Suecia, Transvaal, Venezuela.

Reseña de obras.

España

Revista General de Legislación y Jurisprudencia.—Año 55. Enero, febrero. 1907. —Madrid.

El Excmo. señor don Eduardo Dato é Iradier, director de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia".—La Redacción.

De las instituciones reformadoras de la juventud delincuente y de la necesidad de corrección y de tutela, por Eduardo Dato.

De re criminali, por P. Dorado.

Arribadas forzosas y averías.—Pedro Estasén.

Tutela de los menores; su extinción.—José Cividanes.

Evolución de la pena (continuación).—Juliusz Mokarewicz.

Nociones de Hacienda Pública (contestación á los temas 66 al 75 del Programa para los exámenes á aspirantes de secretarios de Ayuntamientos).—Diego Villa y Lindeman.

La reforma constitucional. — José María Sempre.

Jurisprudencia civil: Accidentes del trabajo. —P. González del Alba.

Revista de Revistas jurídicas.—J. García Fernández y L. Martínez Reus.

Noticias bibliográficas.

Anales de derecho internacional: La trata negrera en las Indias de Castilla.—Manuel Torres Campos.

Estudios de Deusto.—1906. Año III. Diciembre. Núm. 10.—Bilbao.

Las diversiones públicas.—La sociología de las diversiones.—J. Belausteguigoitía.

Hoffmann dibujante.—J. M. Lequerica.

Conciliación y arbitraje.—J. M. Alpériz.

Mejora de los nietos.—M. Oleaga.

Consultas y dictámenes.—Crónica legal.—Notas bibliográficas.

Italia

Revista italiana per le Scienze Giuridiche.—Núms. 126-127. 1907.—Torino.

El título al portador en los documentos italianos de la Edad Media.—Schupfer F.

Una recopilación de Derecho Otomano.—Sullan A.

Cuestiones de derecho civil.—Fubine R.

El papiro de Lipsius.

Sobre un nuevo tratado de economía.—Fanno M.

Revista de obras.—Tocco Rosa A.—Leyes nuevas de Teodosio.

Tocco Rosa A.—Edición de los Códigos.—H. Fitting y H. Fuchier.

Bonfante P.—S. Perozzi, Instituciones de derecho romano.

Delogu P.—F. Ciccaglione, Manual de historia del derecho italiano.

Bellini L.—D. Lioy, De la filosofía del derecho.

Dallari G.—A. Graziani, La obra científica y práctica de Pellegrino Rossi.

Raggi L.—L. Ragnisco, El exceso de poder.

Revista de revistas nacionales y extranjeras.—Boletín bibliográfico.

Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza.—Núm. 264. Marzo 1907.—Roma.

Jurisprudencia de la Corte de Casación.

Reseña parlamentaria.—Crónica: Comisión consultiva de la magistratura.—Por la abolición de la pena muerte en España.—La cuestión de la pena de muerte en Francia.—El consejo de guerra en Francia.—Ejecución capital en China.—Militares en estado de libertad ó de condena condicional.—La ebriedad en Buenos Aires.

Variedades: Gobierno y Parlamento.—Cortes y Tribunales.—Bibliografía.

Annali della Giurisprudenza italiana.—Año XL. 1906.—Núm. 6. Florencia.

Parte I. Corte de Casación.—Materia civil.

Parte II. Casación de Roma.—Jurisprudencia especial.

Parte III. Corte de Apelaciones.

Parte IV. Jurisprudencia penal.

Parte V. Jurisprudencia administrativa.

Bélgica

Revue de Droit International et de Législation comparée.—Tomo IX. 1907.—Núm. 2.—Bruselas.

La voluntad de poseer y la distinción entre la posesión y la tenencia en derecho alemán, por Georges Coruil.

El domicilio de guerra y el principio de nacionalidad, por Ernest Nys.

De la potestad y de la tutela paterna según los principales Códigos de Europa.—Estudio de legislación comparada por Enest Lehr (continuación).

Reglamentos é instrucciones del gobierno japonés sobre el tratamiento de los súbditos rusos durante la guerra ruso-japonesa. Traducción y observaciones de Masanosuke Akeyama.

Notas bibliográficas.

Estados Unidos

American Law Review. — Enero - febrero 1907.

Consideraciones sobre la legislación referente á tarifas ferrocarrileras de largas distancias y sobre redacción de las leyes con motivo de una obra nueva sobre regulación de las tarifas ferrocarrileras.

Las fuerzas económicas y la ley municipal.

Limitaciones á una ficción legal.

El estudio del derecho romano y de la ley civil.

El juicio seguido por el Gobierno de Estados Unidos contra el trust del aceite (Standard Oil).

La dispensa judicial del cumplimiento de una ley por inconstitucionalidad.

Esferas de influencia y protectorado.

El Estado libre del Congo.

Notas de derecho internacional. — Fallos recientes.

Libros y Revistas.

Michigan Law Review.—Vol. V Núm. 4.—Febrero 1907. Michigán.

Isaac Peckham Christiancy.

La doctrina Monroe: sus bases.

La cláusula constitucional del comercio entre los Estados y el control de cada Estado sobre las corporaciones extranjeras.

Notas y comentarios.—Fallos recientes.—Literatura legal.

Vol. V Núm. 5. Marzo 1907. Michigán.

Thomas Mc Intyre, Cooley.

El incidente escolar japonés ocurrido en San Francisco bajo el punto de vista del derecho internacional y constitucional.

El objeto y la responsabilidad de las escuelas de derecho en Estados Unidos.

Notas y comentarios.—Fallos recientes.—Literatura legal.

Columbia Law Review.—Vol. VII Núm. 2.—Febrero 1907 Nueva York.

Los derechos escolares considerados con relación á nuestro tratado con el Japón.

La posibilidad de una legislación federal sobre los trusts.

Una reseña histórica de la jurisprudencia mahometana.

Notas.—Fallos recientes.—Libros y Revistas.

Vol. VII.—Núm. 3. Marzo 1907. Nueva York.

Las condiciones en los contratos.

El poder de celebrar tratados y la soberanía propia de los Estados.

Una reseña histórica de la jurisprudencia mahometana (continuación).

Notas.—Fallos recientes.—Libros y Revistas.

Haward Law Review.—Vol. XX. Núm. 4.—Febrero 1907.

Dificultades especiales en los juicios sobre el trabajo.

El impuesto sobre la renta y la Constitución.

El derecho de los depositarios para renunciar por contrato la responsabilidad por negligencia.

Notas.—Casos recientes.—Libros y periódicos.

Vol XX. Núm. 5.—Marzo 1907.

Dificultades especiales en los juicios sobre el trabajo.

El derecho de un vendedor para recuperar el precio.

Derechos nacidos de la equidad respecto de propiedades situadas en el extranjero.

Notas.—Casos recientes.—Libros y periódicos.

Méjico

Diario de Jurisprudencia del distrito y territorios federales. Méjico.

Números 41 á 70 de 18 de febrero á 23 de marzo 1907.

Jurisprudencia de los tribunales de Méjico. —Estudios jurídicos.

Costa Rica

El Foro.—Núm. 11.—San José, 15 de marzo de 1907.

La sucesión de don Mariano Carazo Peralta contra don Otto J. Hubbe.—El hurto y la estafa.—La fuerza irresistible y el miedo insuperable.—El estudio y la enseñanza del derecho.—Página hermosa.—Una carta interesante. — Situación jurídica de las tierras baldías en Costa Rica.—Notas.

Bolivia

Revista Nacional de Jurisprudencia, Legislación y Administración.—Núm. 5.—Sucre, 15 de marzo de 1907.

Fuerza ejecutiva de la confesión tácita ó presunta.—Derecho mercantil práctico.—Reglamento y Ley reformatoria sobre prestación vial.—Jurisprudencia civil y criminal.—Decretos y resoluciones supremas.— Bibliografía y revista de revistas.—Crónicas. —Notas.—Correspondencia.

OBRAS

Tratado de Derecho Comercial, por C. Cosak, profesor en la Universidad y juez del Tribunal de Bonn, traducido de la sexta edición alemana, (1903) por León Mis, sub-bibliotecario de la Universidad de Lille.—Tomo II. En 8º, de 479 páginas.—Paris, Giard et Brière, 1905.

Habíamos dado cuenta anteriormente de la aparición del tomo primero de la traducción francesa del excelente tratado de Cosak (1). El segundo volumen de esta útil publicación no se ha hecho esperar, y las materias que contiene interesan muy particularmente al lector de lengua francesa, porque en las publicaciones francesas semejantes, estas materias están completamente descuidadas, ó presentadas bajo un aspecto muy diferente.

En las páginas consagradas á las operaciones de crédito y de pago, el autor no se limita á iniciarnos en los detalles precisos y circunstanciados de la legislación alemana sobre la letra de cambio, sino que pasa en revista todas las operaciones de crédito indistintamente y todas las operaciones de banco. La curiosidad del lector francés se verá especialmente solicitada por las esplicaciones dadas sobre la *Skontration* ú operación de las cámaras de compensación.

El capítulo consagrado á las operaciones de bolsa nos da á conocer los reglamentos y usos muy complejos de las bolsas alemanas. El estudio del contrato de edición, que en Alemania está reglamentado por la ley, tiene para nuestros juristas y legisladores un atractivo muy especial que es inútil hacer notar. En el capítulo muy desarrollado consagrado á las operaciones de trasporte por tierra y por agua, el autor estudia las operaciones de correos y telégrafos.

(1) *Revue de Droit International*, año 1904, páginas 308-309.

De las asociaciones comerciales en participación y de los sindicatos financieros, por P. de Pelsmaeker, doctor en derecho.—En 8º, 187 páginas.—Bruselas, Searcier, 1904.

La participación, esta antigua forma de asociación, adquiere vigor en nuestros días en razón de las múltiples ventajas de orden práctico que ofrece. Especialmente los innumerables sindicatos financieros que se forman entre nosotros hacen un uso muy frecuente de la asociación en participación Sin embargo, el régimen de la participación no está claramente definido ni por la ley belga ni por la ley francesa. En estas circunstancias, es interesante y útil desprender de la práctica judicial los principios que rigen la asociación en participación. El autor ha tenido éxito al emprender esta tarea en una forma clara y atrayente. Hay que aprobarle especialmente el que se haya conformado á la sana tradición

científica que consiste en no despreciar el desarrollo histórico de las instituciones. Se notará también con satisfacción que las referencias bibliográficas son abundantes y juiciosamente escogidas.

El seguro contra la enfermedad en Alemania, por PAUL ISTEL, doctor en derecho. Un volumen de 347 páginas.—Librería de la Sociedad del *Reicuell J. B. Sirey* y del *Journal du Palais*.—París.

Se sabe que Alemania tiene grandes leyes sobre el seguro obligatorio de los obreros, que tienen respectivamente por objeto remediar los males resultantes de la enfermedad, de los accidentes y de la invalidez por la ancianidad. La más antigua es la ley sobre el seguro contra la enfermedad. Data de 1883. Ha sido seguida en 1884, por la ley sobre el seguro contra los accidentes, y en 1889, por la ley sobre el seguro contra la invalidez por ancianidad. Estas leyes han sufrido modificaciones después que han entrado en vigencia, y dos de ellas, las relativas á los accidentes y á la invalidez, han sido revisadas completamente en 1900 y en 1899.

M. P. Istel ha tomado como asunto de su estudio el seguro obligatorio contra la enfermedad, en su forma actual, es decir, tomando en cuenta todas las reformas introducidas por las leyes posteriores. Nos presenta de él una descripción completa y expone con mucho orden y claridad sus diversos rodajes. Nos inicia también en los recursos de esta institución y en las ventajas que procura á los asegurados, y nos da el cuadro de los resultados que ha producido.

Precede al estudio una introducción en que traza brevemente la historia de la ley. Recuerda que desde 1845, Prusia había dictado una ley que permitía á las comunas imponer á los obreros de las fábricas la obligación de formar parte de una caja de socorros. Es preciso saber que una antigua costumbre germánica obliga á las comunas á alimentar á sus pobres, y que á consecuencia del desarrollo de la gran industria y del aumento del pauperismo, esta carga había llegado á ser demasiado pesada. De ahí la intervención del legislador en 1845. Pero, como se vé, el principio de la obligación se presenta desde su origen como una transformación del derecho á la asistencia.

M. Stumm, gran propietario de minas, fué quien en 1869 en tiempo de las discusiones á que dió lugar el Código Industrial, tomó la iniciativa en proponer la introducción del principio de obligación en materia de previsión social. Su proposición no encontró eco, y sólo diez años más tarde, en 1879, logró hacerla admitir por el Reichstag. El gobierno se apoderó de la idea y presentó en 1881 un proyecto de seguro contra los accidentes. Este proyecto trajo lógicamente la adopción de una ley sobre el seguro contra la enfermedad, puesto que los socorros que había que dar en caso de accidente durante las primeras semanas eran de cargo de las cajas para enfermedades. El príncipe de Bismark se vió llevado á presentar estos proyectos por necesidades políticas. A consecuencia de dos atentados dirigidos contra el emperador Guillermo, el gobierno había hecho votar por el Reichstag medidas rigorosas contra los socialistas, pero se daba cuenta de que era preciso, por otra parte, trabajar en disipar el descontento de la clase obrera y tratar de reconciliarla con el régimen establecido.

El autor estudia también los efectos producidos por el seguro obligatorio en las clases obreras, la administración comunal y el desarrollo de la industria. Demuestra por medio de estadísticas que las cargas que resultan para los patrones de la contribución al seguro contra la enfermedad no han sido en manera alguna un obstáculo á la elevación progresiva de los salarios ni al mejoramiento de la situación material de los obreros; esto último está establecido por el aumento del número de libretas en la Caja de Ahorros y por los datos del impuesto sobre la renta. Los beneficios del seguro se han manifestado sobre todo desde el punto de vista de la higiene (lucha contra la tuberculosis y el alcoholismo, mejoramiento de las habitaciones para obreros) lo cual se comprende fácilmente en vista del interés que tienen las Cajas en prevenir los casos de enfermedad.

El progreso de la industria alemana no ha sido, como se sabe, estorbabo en manera al-

guna por las cargas que los seguros han impuesto al patrón. Se estima que éstas se elevan en el seguro contra la enfermedad á 1½ p. c. del salario. Se avalúa, por otra parte, en 3 p. c. como máximum, la carga resultante del seguro contra los accidentes, y en 1 p. c. la causada por el seguro contra la invalidez y la ancianidad. Resulta de esto que el patrón paga por los seguros obreros una contribución total de 5½ pfennig como máximum por cada marco de salario.

Hay que recomendar la lectura de libros como el de M. Paul Istel, porque enseñan á conocer y apreciar instituciones cuyos efectos saludables son indiscutibles. La obra de M. Istel será útil no sólo á los que se preocupan de introducir organizaciones análogas en su propio país, sino también á los que se interesan en el desarrollo de la legislación social en el extranjero. Permite darse cuenta inmediatamente del alcance de los proyectos sometidos al Reichstag con el objeto de modificar ó perfeccionar el seguro contra la enfermedad. Así, en este momento, el Reichstag se ocupa de un proyecto de ley que modifica el régimen de las casas de socorro libres, que el autor estudia en el curso de su exposición. El libro de M. Istel constituirá así un guía precioso para conocer el objeto y seguir los debates del proyecto de ley que revisa la legislación sobre el seguro contra la enfermedad, cuya preparación persigue el gobierno alemán.

DANIEL CRICK.

Las Cajas de retiro para obreros, por M. J. Lefort, abogado, ante el Consejo de Estado y la Corte de Casación, etc. París, Fontemoing, editores, 2 vol. in 8°, 18 francos.

Esta obra es la reproducción corregida y completada de la memoria de M. Lefort premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas en el concurso sobre las *Cajas de retiro para obreros*. Fiel á la doctrina de la escuela liberal, el autor se declara del todo contrario á las innovaciones preconizadas en estos últimos tiempos sobre la intervención obligatoria del Estado. Según él, para resolver el problema de los retiros obreros basta dejar subsistentes (pronto para mejorarlos especialmente desde el punto de vista técnico que es excesivamente defectuoso) los organismos actuales: la Caja Nacional de retiro para la vejez (considerada sobre todo como intermediaria á ejemplo de lo que pasa en Bélgica), las Cajas libres é instituciones llamadas patronales, las sociedades de seguros mutuos, los sindicatos. Se estudia cada una de estas instituciones desde un triple punto de vista: desde el punto de vista histórico y legislativo, desde el punto de vista del funcionamiento; y desde el punto de vista de las reformas. Esta exposición está precedida de un trabajo general que ofrece la síntesis de la materia, dando á conocer las generalidades, los grandes aspectos de la cuestión, los principios y su aplicación en Francia y en los principales Estados (Alemania, países del Norte, Austria, Suiza, Bélgica, Italia, Inglaterra, Estados Unidos, etc.); esta parte es de una notable documentación en cifras y textos; todas las informaciones útiles se encuentran en ella reunidas.

Se consagra un capítulo entero á las Cajas de la industria de las minas. Conformándose al plan que se ha trazado según el programa impuesto por el Instituto, M. Lefort indica primero la situación en diferentes épocas de las Cajas destinadas á pagar pensiones de retiro al personal de las minas; en un cuadro muy completo, formado con el concurso de estadísticas y de publicaciones especiales, muestra cómo estaba organizado el servicio de retiros en las principales minas de Francia en tiempo de las reclamaciones que motivaron la ley de 29 de junio de 1894, hace notar en qué condiciones se votó esta ley, como también las proposiciones para su modificación formuladas en muchas ocasiones. Viene en seguida todo un capítulo sobre el funcionamiento legal y administrativo de las Cajas mineras, se indican las cuestiones controvertidas y se anotan con cuidado las soluciones dadas por la jurisprudencia.

Por último, el autor analiza las reformas reclamadas. M. Lefort no parece experimentar un gran entusiasmo por la ley de 1894: no se hacía sentir la necesidad de esta ley, se podía, dice, introducir modificaciones en el régimen practicado, no había para qué dictar una legislación especial, tanto más cuanto que

se puede dudar seriamente de sus buenos resultados respecto a los trabajadores. Examinando las disposiciones que se deben adoptar en la práctica, M. Lefort establece que el obrero debe contribuir á la creación de su pensión lo mismo que la administración de la Caja, que deben depositar no sólo el producto de las multas sino también imposiciones efectivas, sin ninguna obligación legal, debiendo bastar el deber moral. Insiste en el hecho de que debe adquirirse la pensión en conformidad á las prescripciones de los estatutos, y sobre la necesidad de una buena organización técnica. Si condena todo proyecto de una Caja central de mineros, institución de estado análoga á la Caja Nacional de los inválidos de la marina, parece aceptar el sistema belga caracterizado por el establecimiento de Cajas particulares para los socorro inmediatos y de una Caja central que sirve las pensiones.

No necesita demostrarse el valor de la obra de M. Lefort: basta fijarse en el hecho de que la memoria que sirvió de punto de partida á este trabajo fué premiada por la Academia de Ciencias Morales y Políticas de acuerdo con el informe de un juez particularmente calificado, M. Cheysson.

Principios elementales de derecho internacional privado, por Eugenio Audinet, profesor de derecho internacional en la Universidad de Aix-Marseille, 2ª edición. Paris, 1906. Pedone, editor, 13, calle Soufflot.

La segunda edición del libro de M. Audinet era esperada con impaciencia: ya en 1894 se había podido apreciar cuanto se imponía esta obra por la excelencia de las ideas, la claridad de exposición de los diferentes sistemas, cuán completo y preciso había sido el autor. Pero ¡cuántos progresos ha realizado el derecho internacional desde esa época! No sólo tuvo que tomar en cuenta el autor modificaciones de ciertas legislaciones internas, nuevos tratados, las conferencias de La Haya; sino que, conservando á su obra el carácter de libro de enseñanza, el sabio profesor quiso que pudiera servir aún en la práctica. Las notas se refieren, por eso, á una abundante literatura y á numerosas decisiones de jurisprudencia. Hemos encontrado especialmente entre las más recientes las sentencias de la Corte de Casación que declaran ilegal el decreto de 13 de agosto de 1889 en materia de nacionalidad; M. Audinet se pronuncia netamente en favor de esta opinión.

En su primera edición el autor había temido sobrecargar la memoria de los estudiantes dando mucho lugar á las legislaciones extranjeras. Ha debido ceder esta vez á la corriente que nos lleva al estudio de las leyes de otros países. Sin embargo, para evitar el escollo de enumeraciones áridas y de análisis tan difíciles para retenerlos, ha agrupado en conjunto las disposiciones que se aproximan las unas á las otras; ha explicado de una manera luminosa sus principios directores y comparado sus diferencias. Se leerá con interés las críticas de la ley alemana de introducción al Código Civil de 1900, y de la ley japonesa de 15 de junio de 1898.

Aunque el plan de la obra haya sido muy poco modificado, teniendo la nueva edición alrededor de setenta páginas más que la anterior, es un libro diferente el que acaba de publicar M. Audinet. Los estudiantes aprenderán en él fácilmente las materias de su exámen; encontrarán fuera del programa, muchas nociones indispensables; lo guardarán en seguida con reconocimiento en su biblioteca, pues, bajo las apariencias modestas de un manual de exámen, es una obra de alta ciencia jurídica, donde los abogados y jurisconsultos podrán encontrar la solución de la mayor parte de las dificultades del derecho internacional.

Francia

De la idea de la continuación de la persona como principio de las trasmisiones universales, por Pierre Cazelles. — Paris. Rosseau, 1905, in 8º, 431 p.

M. Cazelles obtuvo su diploma de doctor ante la facultad de derecho de la Universidad de Paris con este estudio sobre un principio que se encuentra en la base del sistema de sucesión francés, y que no vacila en rechazar prefiriendo el de la sucesión en los bienes que es el adoptado por el nuevo código civil alemán.

Partiendo de la exposición tan clara del derecho francés hecha por Auloy y Rave, demuestra que no es más que una concepción empírica del derecho romano, exagerado después, recibida como axioma, y que le parece no sólo inútil sino perjudicial para el desarrollo del derecho.

Para su demostración presenta el autor primero la historia de este concepto desde la época romana hasta la nuestra, tanto en Francia como en los pueblos vecinos; después examina sus efectos y termina con la crítica teórica.

Sus conclusiones son que "la idea de la continuación de la persona ha sido algo viviente, y es todavía algo práctico que ha ejercido un influencia considerable en el derecho positivo hasta el siglo último. Así seria insuficiente denunciar el método según el cual ciertos jurisconsultos la han elevado al rango de un principio jurídico necesario; es necesario demostrar que, en la práctica, es perjudicial ó inútil por las consecuencias que produce". En efecto, "respecto á las relaciones que se crean entre el heredero y los terceros, llega en más de un punto á consecuencias malas desde el punto de vista económico obligación *ultra vires*.....) que sólo se han corregido de una manera defectuosa ó insuficiente (beneficio de inventario); en cuanto á los otros efectos que se deducen, pueden explicarse por el concepto de sucesión universal y, en todo caso, la continuación de la persona no es necesaria para producirlos; por último, esta idea ha estorbado el progreso jurídico haciendo considerar como absurda la concepción de una trasmisión de universalidad entre vivos". El autor prefiere el concepto de la sucesión en los bienes, que corresponde exactamente á la realidad de los hechos económicos. "La obligación á las deudas, limitada al activo recogido, está de acuerdo con el valor que hemos asignado á la obligación, valor determinado por el estado del patrimonio en el momento de la muerte de su titular. La obligación *cum viribus*, tal, como resulta del principio de la sucesión en los bienes, es aún más justa que la obligación *pro viribus*, á la cual llega la continuación de la persona temperada por el beneficio de inventario: son los bienes hereditarios los que deben pagar las deudas del difunto, la persona del heredero no debe ser responsable de ellas."

Estas ideas sorprenden á la mayoría de los juristas franceses, penetrados de las doctrinas del Código de 1804; pero este Código, bajo la presión de las nuevas necesidades desarrolladas por un siglo de vida intensa, vá á refundirse y sufrirá el contacto de los principios diferentes que han guiado á los juristas del otro lado del Rhin, cuya obra reciente atrae con razón la atención de las generaciones jóvenes. Entre los trabajos que ha provocado en Francia el Código civil alemán, la tesis de M, Cazelles ha adquirido ya un rango muy honroso.

A. Rampal.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

REVISTAS

Estados Unidos

American Law Review.—Marzo, abril 1907.

Defectos en la legislación propuesta sobre los dividendos de los accionistas en Compañías de Seguros Mutuo sobre la vida, propuesta por la comisión encargada de estudiar la administración y funcionamiento de las Compañía de Seguros.

Análisis del valor legal de un contrato de trabajo.

El control ejecutivo ejercido por el Congreso.

Adquisición y Gobierno del territorio nacional.

El verdadero remedio contra la ley Lynch.

Notas de Derecho Internacional.—Variedades.

Notas y fallos recientes.—Libros y Revistas.

Michigan Law Review. — Núm. 6. Abril 1907. Michigan.

Benjamín Franklin Graves.

La cláusula del comercio en la Constitución Federal y dos casos recientes relacionados con ella.

Algunas reformas necesarias en la Constitución de Michigan.

Notas y comentarios.—Fallos recientes más importantes.—Literatura legal.

Columbia Law Review.—Vol. VIII. Número 4. Abril 1907. Nueva York.

La conspiración como crimen y como falta.

La jurisdicción de Alzada.

Una reseña histórica de la jurisprudencia mahometana.

Notas. — Fallos recientes. — Libros y revistas.

Harvard Law Review.—Vol. XV. Núm. 6. Abril de 1907.

Dificultades especiales en los juicios sobre el trabajo.

Ataques indirectos contra la constitución de una sociedad.—Sociedad de hecho.

Notas.—Casos recientes.—Libros y periódicos.

Méjico

Diario de jurisprudencia del distrito y territorio federales.—Méjico.

Núms. 77 á 82 de 1º de abril al 6 de abril de 1907.

Jurisprudencia de los tribunales de Méjico. —Estudios jurídicos.

Bolivia

Revista Nacional de Jurisprudeneia, Legis-

lación y Administración.—Núm. 7º Sucre, 15 de abril 1907.

La mujer casada ante la mujer boliviana.

Derecho mercantil práctico: diferencia del cheque y la libranza.

El duelo en los nuevos estudios y en las nuevas ideas.

Nuevas leyes de minas.

Jurisprudencia civil y criminal. — Juicios coactivos. — Crónica. — Notas.— Correspondencia.

Núm. 8. Sucre, 30 de abril de 1907.

Procedencia de los recursos de casación.— Libre testamentifacción. —Derecho mercantil práctico.—Ley sobre impuestos municipales. —Jurisprudencia civil y criminal.—Decretos y resoluciones supremas.—Bibliografía y revista de revistas.—Crónica.— Informaciones.— Correspondencia.

OBRAS

Alemania

El derecho general penal, por Teodoro Mommsen, traducido del alemán al francés con autorización de la familia del autor y del editor alemán, por J. Duquesne, profesor de la Facultad de Derecho de Grenoble. Tomo segundo. In. 8º de 443 págs. - París, Tontenwing, 1907.

Hay que agradecer á M. Duquesne el cuidado con que ha hecho esta traducción y la rapidez con que hace la publicación.

El segundo tomo contiene materias especialmente interesantes como el estudio completo del procedimiento penal y la mitad del libro está consagrada al estudio de los diferentes delitos. Este último libro permite darse cuenta mejor de como Mommsen establece el derecho romano como doctrina especial. El concepto de un derecho penal diverso de otros dominios jurídicos, es una noción que la misma ciencia romana del derecho no ha establecido y que es, por consiguiente, arbitrario introducir en él. Mommsen hace la siguiente enumeración de los delitos del derecho penal romano en la época del Bajo Imperio: 1º crimen de Estado; 2º heregía; 3º homicidio y delitos conexos; 4º violencia; 5º falsificación y robo; 6º crímenes sexuales. aceptación de donaciones y exacciones parte de los abogados y magistrados; robo; 9º atentados contra la personalidad 10º daño causado á las cosas de los demás 11º abuso de los derechos. El segundo tomo de la traducción de M. Duquesne estudia los seis primeros de estos delitos.

Der. Postschech.—Eine volkswirtschaftliche und juristische Studie, por Monfred Kirschberg, doctor en derecho. In. 8º de VII. 244 págs. Leipzig, Hirschfeld, 1906.

Es sabido que desde hace veinte años se han instituido los cheques que facilitan enormemente la disposición del dinero depositado en la caja de ahorro postal y los pagos en general. Esta institución especialmente práctica es objeto de un estudio crítico bajo el punto de vista económico y jurídico. El autor estudia, además, la extensión del cheque postal á otros países, especialmente Alemania y Suiza, que entran actualmente en el camino abierto por el Austria. En un apéndice publica el texto de los documentos legislativos y administrativos que crean y ponen en acción esta institución tan interesante y tan nueva.

En resumen, la monografía tan concienzuda de M. Hirschberg merece llamar la atención porque muestra una institución muy útil cuya propagación es de desear bajo todo punto de vista.

Francia

Philosophie des sciencies sociales, por René Worms, doctor en derecho y en letras, titulado en filosofía y ciencias económicas, director de la *Revue internationale de sociologie.* Tomo III: *Conclusions des sciences sociales.* Un tomo in. 8º de 310 págs. 1907. París. V. Goard y E. Brière, editores.

El autor, cuya competencia ha sido ya probada en tantas materias, ha puesto término á la tarea que se había dado y ha terminado de escribir un tratado completo de sociología.

Los tomos I y II tratan del objeto de las ciencias sociales y de sus métodos. El tomo III y último contiene las conclusiones de es-

tas ciencias y establece los principios generales á que ellas conducen.

El tomo está dividido en tres partes que tratan de los elementos sociales, de la vida social y de la evolución social.

En la primera parte, hay capítulos interesantes consagrados al conjunto de los elementos sociales que componen el medio, á los verdaderos caracteres de la raza, á la población, á las agrupaciones de que son susceptibles los individuos, al "momento" que designa lo adquirido por las generaciones anteriores sin excluir el presente.

Respecto de la vida social, materia de la segunda parte, el autor expone las manifestaciones de la vida social misma. Examina la vida económica, la vida social, las costumbres, la religión, la ciencia, el arte, el derecho, la política en una serie de estudios ingeniosos y atrayentes.

Al hacer notar que entre los medios de acción de los gobiernos respecto de los Estados extranjeros la guerra ha ocupado el principal lugar en la historia, M. René Worens opone el presente al pasado. "Si las ventajas de la guerra han sido grandes en el pasado, escribe, no hay duda que en la hora presente se deban notar en especial sus inconvenientes y aun más, los horrores que ella acarrea. Mientras más se perfeccionan sus procedimientos técnicos, más crueles son sus consecuencias. Ella causa atroces matanzas en que puede sacrificarse la parte más escojida de una nación. Ella acumula las ruinas, destruye sin compensación las riquezas acumuladas desde hace tantos años por el esfuerzo paciente de las generaciones sucesivas. Ella trae como consecuencia un retroceso mental y moral de los pueblos beligerantes en quienes hace renacer los instintos crueles, el culto de la fuerza bruta, la costumbre de la sumisión pasiva, en una palabra, todo lo que caracteriza la barbarie en su contraste con la civilización".

En la tercera parte el autor estudia la forma, el motor, el proceso y el resultado de la evolución.

Dedica algunas últimas consideraciones al porvenir de las sociedades.

"Las ciencias sociales, dice el autor, no tienen lógicamente el derecho de mirar hacia el porvenir sino para prever lo que será si las piezas actualmente en juego mantienen su acción. Pero esta previsión es forzosamente muy insegura, ya que nadie puede saber si aparecerán algunos factores nuevos, desconocidos hoy día de nosotros que lleguen á ejercer una influencia dominante. Sin embargo, no es necesario pronosticar que la razón humana hará nuevos progresos y que sus conclusiones inspirarán más y más la práctica. Si ocurre así, la curva que actualmente describe la evolución occidental se prolongará en el mismo sentido y su carácter ascendente se irá acentuando."

Creemos que nuestro análisis y nuestras citas permitirán al lector formarse una idea de la importancia de la obra del señor Worens. Una persona competente ha hecho de ella un merecido elogio en una de las últimas sesiones de la Academia real de Bélgica. "Su libro, ha dicho M. Hector Denis, prueba mucha lectura, una sólida erudición y una amplia tolerancia. Cualquiera que sea la escuela á que uno pertenezca, siempre habrá que agradecer al autor de un esfuerzo tan notable hecho para señalar el estilo actual de la sociología y el grado de unidad que ha podido realizar un trabajo colectivo de casi tres cuartos de siglo."

Italia

L'Umanismo nel diritto penale.— Analisi psicologica della reazione penale por Vicenzo Lanza. Un volumen de 317 páginas.— Palermo, A. Reber, 1906.

En esta obra, en que el autor desarrolla las ideas que ya había expuesto en un trabajo anterior anunciando un "sistema de derecho penal científico", se esfuerza por hacer penetrar nociones humanitarias en la represión de los delitos. La pena, dice, debe ser un medio de hacer volver á la vida en sociedad los caracteres extraviados. Debe aplicársela con el objeto de volver á educar al culpable que, por serlo, no pierde su calidad de hombre de la misma naturaleza que los demás. Al lado de la función educadora que debe tener la pe-

na considerada bajo el punto de vista social, dice el señor Lanza, existe la función educadora de la pena considerada con relación al culpable. Bajo este último aspecto, ya no se trata de despertar ó reforzar el sentido moral colectivo sino de formar el sentido moral de un individuo determinado. Es ese un proceso pedagógico en la verdadera significación de la palabra. Nuestras instituciones actuales no corresponden á este propósito. Respecto al culpable parece que no existieran los sentimientos humanos. Al salir de la celda su carácter está agriado, se encuentra aislado y está más expuesto que nunca á las sugestiones malsanas.

La obra de las sociedades de patronato para los reos libertos, no basta; el trabajo de educación y de asistencia debe empezar desde el primer día que el culpable entra á la prisión. La misión humanitaria de la pena exige, pues, una reforma radical de nuestras instituciones penitenciarias. En un estudio que publicará próximamente bajo el título de *Teoría pedagogica della pena*, el autor promete demostrar con más amplitud la posibilidad de hacer volver al criminal al camino de la moralidad social.

Al terminar este trabajo, que es digno de recomendación tanto por las cualidades de observación, como por la generosidad de los sentimientos que lo animan, el autor hace notar que tanto del análisis histórico como del análisis psicológico se desprenden tres leyes que manifiestan tendencias fundamentales de la penalidad y que son: la ley ó tendencia de la impersonalidad de la reacción; la ley ó tendencia de la individualización de la pena y la ley ó tendencia de la atenuación de la terrorización y del dolor de la penalidad.

La impersonalidad de la reacción se presenta al análisis como el resultado de un doble proceso: de un proceso histórico, en cuanto se asiste á una supresión gradual de la autoridad individual en la represión y á su reemplazo por la autoridad del Estado, que aparece como el conciliador de los intereses colectivos; y de un proceso psicológico, en cuanto la existencia de un intervalo de reacción, al permitir la introducción en el razonamiento de todos los motivos que se derivan de la vida de relación, determina una conducta influenciada, no por criterios egoístas é instintivos, como los que son propios de los instintos, sino por consideraciones superiores y desinteresadas individuales y conformes á los intereses de la comunidad.

La individualización de la pena es igualmente el resultado de un doble proceso. Se observa primero un proceso histórico en el curso del cual la responsabilidad colectiva primitiva cede ante el principio de la responsabilidad personal del autor del mal. Hay en seguida un proceso psicológico en el sentido de que los móviles de la reacción impersonal inducen á recurrir á una reacción que, bajo el punto de vista utilitario, sea más conforme á las fuerzas criminales, y que bajo el punto de vista altruista y humanitario, tienda á educar nuevamente á aquellos que se han apartado del camino normal. Esta nueva educación supone el análisis de las fuerzas criminales; de donde se desprende que la psicología criminal debe ser considerada como parte integrante del "derecho penal científico".

La atenuación de los sistemas de terror y de dolor deriva á su vez de un doble proceso. El proceso histórico nos muestra la supresión de los tormentos atroces, supresión que se inició en la antigua Roma y terminó en el período de las reformas. El proceso psicológico da como resultado de la impersonalidad de la reacción, de la individualización de la pena y de la tendencia á la educación y al mejoramiento del culpable, la convicción de que el dolor no es un elemento necesario.

Pero fuera de su misión de reacción, el derecho penal tiene que ejercer, además, dice el autor, una función de acción y de garantía. Esta función, que caracteriza el nuevo rumbo de la penalidad, está contenida toda entera en la necesidad de reconocer indistintamente como valores sociales á todos los miembros de la colectividad. Se realizará así una elevación en los sentimientos de humanidad en el derecho penal.

DANIEL CRICK

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

REVISTAS

Francia

Journal de Droit International Privé. — 1907 números III, IV.

La condición jurídica de los extranjeros en Persia por J. Greenfield, Encargado de Negocios en Persia.

La unificación del derecho marítimo y la conferencia diplomática de Bruselas por L. Franck, abogado de Anvers.

Anexos: Abordaje. — Proyecto de convención.

La condición jurídica de los extranjeros en Marruecos, bajo el punto de vista civil, por D. Saurin, abogado en Tanger.

Notas y documentos relativos á la propiedad literaria y artística por E. Chavegrin profesor de la Facultad de Derecho de París.

De la nacionalidad de una inglesa que se ha casado con un francés ó un belga por E. Stocquart, abogado de la Corte de Bruselas.

De la adquisición de la nacionalidad italiana después de la ley de 17 de mayo de 1906 por E. Pagliano, abogado en Roma.

De la condición jurídica de los extranjeros en el Japón por H. Nagaoka, attaché en la Embajada del Japón en París.

Análisis y Extractos.—Títulos al portador perdidos ó robados.—Conflictos de leyes.—Corrupción y comisiones ó primas secretas en Inglaterra; reciente esfuerzo legislativo para suprimirlas.—Situación militar del hijo menor de edad de un español que ha optado por la nacionalidad cubana.—De la ilegalidad que entraña la expulsión de un extranjero si se le inculpa simultáneamente de una infracción penal (Cuestión de Mgr. Montagnini).

Cuestiones y soluciones prácticas.

¿Qué validez tiene un matrimonio celebrado en Francia por un Cónsul británico y contraído por dos súbditos británicos? ¿entre un súbdito británico y un francés? ¿entre dos extranjeros de nacionalidad distinta?

Los extranjeros menores de edad ¿pueden ser emancipados en Francia.

Jurisprudencia: Francia, Alemania, Inglaterra, Austria, Bélgica, Brasil, Egipto, Estados Unidos, Grecia, Italia, Países Bajos, Siam, Suiza y Venezuela.

Documentos.—Hechos é informaciones.

Journal de Droit International Privé. — 1907.—V, VI.

Diversos aspectos de la condición civil de los extranjeros en Francia, por Glasson, decano honorario de la Facultad de Derecho de París.

Combinación entre la teoría de la ley del lugar y la de la autonomía de la voluntad

respecto del régimen matrimonial, por Mazas, abogado de la Corte de Lyon.

Casos interesantes de extradición en el Imperio Británico de 1904 á 1906, por F. W. Craies, barrister of law (Temple).

La represión internacional de las falsas indicaciones referentes al origen de las mercaderías (*provenance*) por L. Lacour, profesor de la Facultad de Derecho de Lille.

De la renuncia de individuos menores de edad al derecho de repudiar la calidad de franceses, por Dejamme, consejero de la Corte de Caen.

La lucha contra la criminalidad internacional, por el Dr. Höpff, jefe de división de la prefectura de policía de Hamburgo.

De la ejecución en Italia de fallos de tribunales extranjeros que condenan por falta defensa del demandado, por Ansaldi, abogado en Lucques, Toscana.

Modificaciones introducidas al Código Civil francés por la legislación de la isla Maurice, por G. Newton, procurador en la isla Maurice.

Análisis y extractos.—Bigamia de los extranjeros en Turquía.—Consentimiento de los padres para el matrimonio en derecho internacional privado.—Régimen matrimonial en las relaciones internacionales.—Privilegio pedido por los abogados del Brasil.—Reforma de la justicia en Persia.—Prohibición en los Estados Unidos del contrato de trabajo celebrado en el extranjero.

Cuestiones y soluciones prácticas.

¿Bajo qué régimen matrimonial se encuentran colocados los esposos si el marido es inglés y la mujer belga y contraen matrimonio en Inglaterra y se establecen en Francia?

¿Como se hace la división de los inmuebles situados en Francia ó del precio producido por su venta?

¿Dónde debe instaurarse la acción de partición?

Crónica: La cuestión de Mgr. Montagnini, secretario de la ex-nunciatura del Papa en París.

Jurisprudencia: Francia.— Alemania.— Inglaterra.—Austria.—Bélgica.— Brasil.—Egipto.—Estados Unidos.—Grecia.—Italia.— Noruega.—Suiza.

Documentos.—Hechos é informaciones.—Bibliografía.

Revue de Droit International Privé. - París.—1907, número 2, marzo, abril.

La extraterritorialidad de la ley ante el derecho internacional privado, por A. Lainé, profesor de la Facultad de Derecho de París.

L'aliens act inglés de 1905, por H. S. Q. Henríquez, barrister at law.

La condición jurídica de los extranjeros en Corea, por Fr. Rey, Encargado de las conferencias en la Facultad de Derecho de París.

El proyecto de Código Civil del Brasil y el derecho internacional privado, por Solidonio Leite, doctor en derecho, abogado en Río Janeiro.

Nota referente al desahucio hecho por el Brasil de sus tratados con Francia.

Jurisprudencia:—Francia.—Alemania.—Bélgica.—Levante.—Países Bajos.

Documentos legislativos y diplomáticos.—Correspondencia.—Bibliografía.

Revue de Droit International et de Legislátión comparée. - Bruxelles, 1907, número 3.

La neutralidad de la Bélgica y el derecho de alianza, por M. J. des Cressonnières.

De las pruebas de la nacionalidad y de la inscripción de nacionales, por Camille Jordán.

Reglamentos é instrucciones del gobierno japonés acerca del tratamiento de los súbditos rusos durante la guerra ruso-japonesa.—Traducción y notas de Masansuke Akiyama.

Noticias:—La cuestión Tcherniak.—Fallecimiento sospechoso de un ruso en alta mar, á bordo de un buque sueco, por Ernesto Lémonon.

El Código Penal de José II en Bélgica y en Francia, por el doctor Carl Stooss.

Notas bibliográficas.

Revue trimestrielle de Droit Civil.—París —1907, número 1, enero, febrero, marzo.

De la capacidad de las asociaciones declaradas, por M. Margat.

Variedades.—De la posesión de los muebles según el libro de M. Saleilles, por M. J. Charmont.

Rescisión por causa de lesión y tarificación, por Emilio Chatelain.

Bibliografía de obras sobre derecho civil.

Jurisprudencia francesa en materia derecho ivil.

Jurisprudencia belga en materia de derecho ivil.

Notas parlamentarias: Francia.

La ley de 9 de abril de 1898 sobre la responsabilidad de los accidentes del trabajo, por Jules Cabruat.

España

Revista General de Legislación y Jurisprudencia.—Año 55, marzo, abril 1907.—Madrid.

Donaciones en favor de herederos forzosos, por José Marcel.

Infancia abandonada, por José García Romero de Tejada.

El abordaje y la jurisdicción de marina, por Manuel Calderón.

Evolución de la pena (Conclusión), por Juliusz Makarewicz.

Instrucciones especiales dadas á los Fiscales de las Audiencias por la Fiscalía del Tribunal Supremo.

Nociones de Hacienda pública y de Derecho administrativo (Contestación á los temas 76 al 78, y 40 al 46 respectivamente, del Programa para los exámenes á Aspirantes de Secretarios de Ayuntamientos), por Diego Villa y Lindeman y José Garcon y Marín.

Los Rentengüter y los Anerbengüter alemanes, por Adolfo A. Buylla.

La estadística y la reincidencia, por A. Moreno Calderón.

Procedimiento criminal.—La condena condicional, por P. González del Alba.

Revista de Revistas jurídicas. Noticias bibliográficas.

Anales de derecho internacional: bibliografía del Derecho Internacional, por Manuel Torres Campos.

Estudios de Deusto.—Año III, Marzo. Número 11, Bilbao.

Las diversiones públicas.—J. Belausteguigoitía.

Sistema de contratación del Código Civil español.—J. Medina.

Hoffmann dibujante.—J. M. Lequerica.

Ecos del valle.—A. del Pozo.

Edad para ejercer el comercio.—M. Alonso.

Consultas y dictámenes.—Crónica legal.—Notas bibliográficas.—Suplemento de noticias.

Italia

Rivista penale di dottrina, legislazione e giurisprudenza. — Número 265, abril 1907. Roma.

El concepto jurídico-positivo del derecho penal, por Vicenzo Manzini.

El tribunal especial para los menores delincuentes, por Alessandro Stoppats.

Jurispudencia: Corte de Casación.

Corte, tribunales y jueces.

Legislación Extranjera: Francia. Ley de 13 de julio de 1906 sobre el descanso en los días festivos.

Crónica.—Efemérides. Bibliografía.

Número 266, mayo 1907. Roma.

Verdadero y falso positivismo, por Cesare Civoli.

El plazo para apelar de la sentencia del pretor, por Antonio Bianchedi.

Jurisprudencia: Corte de Casación.—Cortes tribunales y jueces.

Reseña parlamentaria.

Crónica. Efemérides. Bibliografía.

Annali della Giurisprudenza italiana.—Año XI. 1906. Número 7. Florencia.

Parte I. Corte de Casación. Materia civil.

Parte II. Casación de Roma. Jurisprudencia especial.

Parte III. Cortes de Apelaciones.

Parte IV. Jurisprudencia penal.

Parte V. Jurisprudencia administrativa.

Méjico

Diario de jurisprudencia del distrito y territorio federales. Méjico.

Números 83 á 97 de 8 á 24 de abril de 1907 y números 1 á 27 de 1º á 31 de mayo de 1907.

Jurisprudencia de los Tribunales de Méjico. Estudios jurídicos.

Bolivia

Revista Nacional de Jurisprudencia, Legis-

lación y Administración.—Número 10. Sucre, 31 de mayo de 1907.

Indagación de la maternidad —Ley y reglamento de aguas.—Jurisprudencia de la Corte Suprema.—Decretos y resoluciones supremas. —Bibliografía y revista de revistas. Crónica.— Informaciones.—Correspondencia.–Anuncios.

Colombia

El Foro.—Año III. Número 54. Bogotá.

Nuestra labor.—Estudio sobre el Derecho Civil colombiano.—Obra verdadera de paz y de progreso.—Código Colombiano de Comercio Marítimo.—Apuntes sobre legislación fiscal.—Ley sobre cheques. - Código Colombiano de Comercio Marítimo.—Academia de jurisprudencia.—Decreto sobre prensa.

Año III. Número 55. Bogotá.

Apuntes sobre legislación fiscal.—Los bienes naturales.

Costa Rica

El Foro.—Tomo II. 15 abril 1907. Número 12. San José de Costa Rica.

Biografías cortas de ilustres abogados centro-americanos.

Situación jurídica de las tierras baldías en Costa Rica.

Labor de tinterillos.

Contra la usura.—Procedimientos penales una observación.—Jurisprudencia.—Incomunicación de reos.— Colección de las principales Constituciones Políticas del mundo.—Constitución de la República Argentina.—Notas.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

Des crises générales et périodiques de surproduction, por Jean Lescure doctor en derecho.—Un tomo de 653 págs. París, Larose et Tenire, 1907.

El señor Lescure ha emprendido, en el importante volumen que acaba de publicarse, un estudio de conjunto sobre las crisis generales y periódicas de sobre producción, que merece ser leído y que ha de ser tanto mejor recibido cuanto que no existía un trabajo de este género en la literatura francesa.

No es necesario insistir en el interés que presenta el estudio de esta alternativa de períodos de desarrollo y de decaimiento, cuya crisis constituye el punto de intersección y cuya evolución completa parece ocupar unos diez años. Estos fenómenos deben llamar la atención, no sólo bajo el punto de vista económico, porque no pueden ser independientes para capitalistas, empresarios y obreros, sino también bajo el punto de vista social, porque las crisis repercuten sobre el número de los matrimonios, suicidios, crímenes y aún á veces sobre la situación política. El autor no ha olvidado, por lo demás, el dar datos acerca de estos diferentes puntos, respecto á cada una de de las crisis que examina.

El trabajo del señor Lescure tiene también un aspecto de actualidad. Ha tenido natualmente que investigar los efectos que los cartells ó los trusts han podido ejercer sobre las crisis; y esto lo ha llevado á establecer un paralelo bastante exacto entre el cartell alemán y el trust americano. Señala las imperfecciones del cartell, que no ha podido evitar, como se esperaba, la crisis de 1900 y pone frente á él la organización americana á la cual atribuye la virtud de haber evitado á los Estados Unidos las pérdidas y los sufrimientos de la última crisis decenal.

El autor divide su trabajo en tres capítulos destinados sucesivamente al estudio de los fenómenos de las crisis, á sus causas y á sus remedios. El primer capítulo contiene la historia de las diferentes crisis ocurridas en el curso del siglo XIX, que ha sido caracterizado por la frecuencia de las crisis económicas. El autor nos describe, para cada una de ellas, el período de desarrollo y el de decaimiento. Después de haber descrito rápidamente las primeras crisis del siglo, llega á la de 1847, que fué la consecuencia del gran desarrollo que había tomado la construcción de los ferrocarriles en Francia y en Inglaterra de 1844 á 1847 y cuyos efectos se habían extendido naturalmente á la industria minera y metalúrgica. La construcción de ferrocarriles se detuvo bruscamente á consecuencia de las condiciones más rigurosas que los gobiernos impusieron á los nuevos concesionarios, y,

por otra parte, á causa del aumento de costo de la empresa producido por el alza de las materias primas y los errores de previsión en los planos. La suspensión de la línea Paris-Lyon fué la señal del desastre. La paralización en la construcción de los ferrocarriles repercutió sobre la industria minera y metalúrgica y se produjo una estagnación general.

Después de 1850, el movimiento se inicia nuevamente y presenta un doble carácter: es mundial, por que se extiende al nuevo mundo y al antiguo y se produce á consecuencia de una producción nunca vista de metal precioso, debido al descubrimiento de nuevas minas de oro en California El desarrollo de las relaciones entre América y Europa influye favorablemente en las construcciones navales; se emprende la construcción de nuevas líneas de ferrocarril; la Inglaterra proporciona rieles al extranjero, especialmente á los Estados Unidos. Gracias á este movimiento, la industria del fierro y las minas toman un gran desarrollo y los precios suben rápidamente. La crisis estalla en 1857, la producción de oro disminuye y los ferrocarriles recién construidos durante el alza, no dan los resultados esperados. La baja de los precios es la consecuencia de esta situación.

En la crisis de 1866 predominan dos hechos: la acentuación del libre cambio en Francia y en Inglaterra y la guerra civil de los Estados Unidos, que produce la paralización de la exportación de algodón. En esta época los capitales ingleses y franceses habían comenzado á emplearse en la construcción de ferrocarriles en el extranjero.

Hasta 1866, las crisis habían sido principalmente inglesas y francesas. A partir de 1869-1870, la evolución hácia la industria se manifiesta especialmente en Estados Unidos y en Alemania. Por eso, la crisis de 1873 afectó especialmente estos dos países. Después de la guerra civil, los Estados Unidos se habían puesto nuevamente á la obra de crear el mecanismo de una gran nación industrial, mientras que la Alemania había sido favorecida por el pago de la indemnización de guerra francesa. La creación de ferrocarriles recibió un nuevo impulso en Europa y en Estados Unidos; por otra parte, la apertura del canal de Suez estimuló las construcciones marítimas. El crack estalla en 1873, en Alemania y en Estados Unidos y dura con algunas interrupciones hasta 1879 Esta crisis fué puramente interior en estos dos países

El renacimiento de los negocios, termina con la crisis de 1881 y 1884 La crisis de 1884 fué interior y especial para Francia. Es la época de la ejecución del plan general de obras públicas de Freycinet y de la ley de 1880 sobre los ferrocarriles de interés local. Los capitalistas ingleses se vuelven hácia la construcción de ferrocarriles en Estados Unidos. La producción de rieles aumenta; los precios suben, pero con menos intensidad que en el período anterior. Es la época en que la plata deja de ser moneda en varios países convertidos al monometalismo de oro y de la reforma en la circulación monetaria en Italia y Países Bajos que la purifican del papel moneda que la invadía. El oro fué más apreciado y los precios se resintieron: fué un freno para el alza. En Francia la crisis está caracterizada por el crack de la Unión general y por la paralización en la ejecución de obras públicas y en la construcción de ferrocarriles. Una multitud de bancos caen, arrastrados por la quiebra de los establecimientos industriales que ellos habían fomentado y protegido. En 1883 el decaimiento económico se hace sentir en los Estados Unidos y repercute en la industria del fierro y también en los países que, como Inglaterra y Alemania, les proporcionan rieles y material. En 1884, mueren muchos bancos en los Estados Unidos.

La crisis de 1890 presenta la particularidad de no haber sido precedida sino por un desarrollo breve y poco intenso. De 1885 á 1889 el desarrollo en Europa está caracterizado por la afluencia de capitales hácia los países nuevos (repúblicas sud americanas). A partir de 1886 el desarrollo es activo en los Estados Unidos. En esa época la industria del fierro en América había tratado de reglamentar la producción por un convenio (*entente*) con el objeto de evitar las alternativas de producción violenta y decaimiento. Carnegie hizo el *pool* del riel en 1888. La baja de los precios no se manifiesta en los Estados Unidos sino en 1893, gracias especialmente á la tarifa

Mac-Kinley (1890) que apartó la competencia. La crisis se produjo en Inglaterra á consecuencia de las pérdidas sufridas en inversiones exteriores (*crisis Baring*). La revolución en Argentina vino á agregarse poniendo término á las importaciones de la industria inglesa. Esta también sufrió de la tarifa americana. En los Estados Unidos, la crisis acarrea la caída del *pool* Sobre sus ruinas se levanta el *trust*. Carnegie, gracias á su arreglo con Rockeffeller, llega á ser el principal productor de acero y el que lo produce más barato. Los otros grandes productores se ven obligados, por su parte, á fusionarse.

El período de 1895 á 1900, que precedió la crisis de 1900, ha sido señalado por el nacimiento de nuevas formas económicas (*cartells, trusts*). Hay que tomar nota, por una parte que los cartells no han podido suprimir ó atenuar la crisis en Alemania y que por otra parte, la crisis de 1900 no ha causado daño alguno en los Estados Unidos; de manera que éstos no han tenido su crisis decenal. En Alemania, la industria eléctrica y la construcción de ferrocarriles de interés local, favorecida por la ley prusiana de 1892, dieron la señal del nuevo desarrollo Las construcciones marítimas (marina mercante, marina de guerra) desempeñaron también un gran papel. A partir de 1896 los astilleros alemanes estaban organizados y bien provistos de maquinaria y los pedidos llegaron en gran número. La industria minera y metalúrgica entró, gracias á ésto, en un período de prosperidad sin precedente. Los bancos alemanes intervinieron poderosamente en el desarrollo de la industria del fierro, emitiendo y adquiriendo acciones y obligaciones de los establecimientos metalúrgicos. Después de 1896 se produce un fenómeno de integración industrial: algunos establecimientos metalúrgicos compran minas de hulla y de mineral, algunas fábricas de acero compran grandes hornos y algunas fábricas para laminar acero compran fundiciones.

La prosperidad general se extiende á las otras industrias (construcción, industrias textiles, etc.) y se produce una alza general. La emigración disminuye y la inmigración aumenta, especialmente en los nuevos depósitos de hulla. En Oberhausen sobre 16.000 obreros, había 6 000 extranjeros (polacos, italianos, húngaros, etc.)

El desarrollo americano viene desde 1897 y se prolonga hasta 1902 1903. Este período es notable por la gran duración del desarrollo y su prolongación después de 1900. Se debe á la concentración industrial y á la nueva política de la gran industria que emplea sus utilidades, no en distribuir grandes dividendos sino en mejorar la maquinaria y en bajar el costo de producción. Pero el hecho sobresaliente es la concentración por la formación de trusts y de cartells de trusts. En 1900, los grandes trusts de la industria del fierro llegaron á un acuerdo y formaron la corporación del acero que es dueño del 50 al 70% de la industria del fierro en América.

En cuanto á precios, los cartells americanos han sido moderados. Esos cartells no comprenden sino pocos miembros (3 ó 4); por otra parte, la corporación del acero domina en cuatro cartells de productos más pesados. Es, pues, fácil al cartell americano el fijar la producción y los precios y aún el consumo alzando ó bajando los precios. Como á pesar de los pedidos de productos de la industria del fierro, los precios no subían, el consumo ha podido aumentar y el desarrollo se ha prolongado. El trust figura, pues, como un regulador de la producción y de los precios.

La señal del decaimiento fué dada por la Rusia después de terminadas las grandes líneas de Siberia y de Manchuria. La crisis repercutió en el extranjero. En Alemania la industria eléctrica, la de las máquinas y de los ferrocarriles fueron las primeras afectadas y arrastraron á las demás. En estas condiciones, los cartells tuvieron más dificultad para reglamentar la producción y los precios; en algunos casos fueron disueltos, mientras que en otros, el movimiento de concentración se acentuó y nacieron empresas fuertemente fusionadas. En 1903, los cartells de algunos productos: vigas, rieles, planchas de acero y otros se fusionaron y formaron el cartell más grande que se ha visto en Alemania, el *Stahlwerksvérband*. La industria alemana parece, pues, evolucionar hácia la disolución de los cartells en su forma actual y hácia la crea-

ción de poderosas fábricas sobre el modelo del trust, que llevarán el producto desde su forma bruta hasta su forma manufacturada (fábricas Krupp) y que se organizarán en cartells. Es de desear que éstos no abusen de su poder, porque de otra manera se hará forzoza la intervención del Estado.

En resumen, los cartells alemanes de 1900 han fracasado en los dos objetos que perseguían: supresión ó al menos atenuación de la crisis económica, detenimiento del movimiento de concentración capitalista por la conservación de pequeñas empresas (Mittelstands-politik).

Después de trazar la historia de las crisis económicas, el autor trata de desprender de ese conjunto de hechos, siempre los mismos, el mecanismo del desarrollo de las sociedades económicas modernas. La producción de maquinaria es la característica de la época moderna. Supone un ahorro anterior dispuesto á emplearse en la obra de la producción.

La afluencia más ó menos intensa del ahorro hácia la industria, constituye el secreto del mecanismo de nuestras sociedades. Si el ahorro se emplea en la industria, la cantidad de los consumos industriales aumenta y con ella los precios, con los precios las utilidades y con las utilidades el capital dispuesto á emplearse en la industria. Después de cierto tiempo de prosperidad de que participan todas las clases de la sociedad, viene la crisis. Afecta generalmente, las nuevas empresas, aquellas que han tenido que soportar los gastos más considerables, porque han sido fundadas en los momentos en que estaban más altos los gastos de instalación, la tasa de los salarios, el precio de las materias primas, etc., y que por consiguiente arrojan pérdidas ó utilidades insuficientes. El espíritu de empresa ha ido demasiado allá y retrocede. El ahorro abandona á la industria y se invierte en valores del Estado. El pedido de productos se debilita; los precios bajan. Al fin del período de decaimiento, los precios han bajado tanto y ha aumentado tanto el capital acumulado sin poder emplearse en la industria, que se han recurrido las condiciones necesarias para que se produzca un período de desarrollo. Un ferrocarril, por ejemplo, que habría sido imposible construir cuando los materiales estaban 50 ó 60 % más caros, se hará posible y así nace el impulso para un movimiento general de alza.

Continuará).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

OBRAS

(Continuación)

El autor pasa enseguida al examen de las diversas teorías por las cuales se ha tratado de explicar las causas de las crisis y, después de haber mostrado los puntos débiles ó la insuficiencia de esas teorías, estima que es necesario reconocer, como lo han hecho otros autores, que la crisis tiene su causa en el flujo y el reflujo del ahorro hácia la industria. Atribuye las causas de este fenómeno á la aparición y desaparición del espíritu de empresa, entendiendo por esto la posibilidad de un provecho. Esta posibilidad desaparece, como lo hemos visto, cuando el costo de producción sube demasiado.

Los remedios para las crisis pueden dividirse en dos grupos según tengan por objeto atenuar la intervención de las crisis ó suprimirlas completamente. En el primero puede contarse la proposición para establecer un servicio de estadística (oferta y demanda de productos, de capital y de trabajo, precio de las mercaderías, etc) destinado á permitir que el industrial no produzca tan á ciegas como ahora. Lo mismo puede decirse de las medidas legislativas que pueden tomarse (leyes sobre sociedades, sobre ventas á plazo, etc) sin desanimar, sin embargo, el espíritu de empresa. Otros remedios consisten en hacer ejecutar los trabajos públicos durante el período de depresión, lo que, por lo demás, es ventajoso para el Estado ya que los precios están en tonces más bajos que nunca, ó en recurrir á las medidas aduaneras para facilitar la exportación del exceso de producción. La elevación de la tasa del descuento es también un remedio cuya eficacia sobre la liquidación de una crisis está bien establecida, ya que los comerciantes tienen más interés en vender sus valores ó sus mercaderías que en soportar un crédito demasiado caro.

Con el objeto de suprimir las crisis, algunos autores han propuesto fijar legalmente la parte del asalariado en el producto social total. Para ellos, el salario aumenta menos ligero que la producción del trabajo, y, por consiguiente, el consumo obrero crece menos ligero que la producción social y de allí proviene el exceso de producción. Para obviar á este aumento insuficiente del consumo de los obreros, Rodbertus propone atribuirles un tanto por ciento en la producción social. Otros quieren, para evitar las alzas de precio á que atribuyen las crisis, limitar la utilidad por medio de una disposición legal y fijarla en el 7% (teoría de May). Por fin, hay que citar la teoría colectivista que preveía una repetición más y más frecuente de crisis cada día más intensas, que terminarían con la desaparición violenta de la economía capitalista. Sin embargo, los hechos manifiestan que las crisis han ido atenuándose en Europa después de 1873 y, por otra parte, los Estados

Unidos, cuyo desarrollo en el sentido de la capitalización ha sido tan considerable, no han sufrido ninguna crisis general de sobre-producción después de 1893.

El autor investiga después si los cartells ó los trusts no podrían servir de reemdio á las crisis. Analiza primero el cartell que ha sido una concepción de la economía política alemana teórica. El cartell debía ser el regulador de la organización económica; reglamentando la producción se pensaba evitar las depresiones que siguen á las crisis de sobre-producción; reglamentando los precios se esperaba detener esas alzas colosales de los valores seguidas de aniquilamiento súbito que caracterizan las crisis. Pero en la aplicación de estos principios los teóricos equivocaron el camino. Distinguieron la política que debía seguirse durante el desarrollo de la que debía practicarse durante el período de decaimiento. Durante el desarrollo, preocupados en mantener la estabilidad de los precios, aconsejaban á los cartells el moderar el alza, para no desalentar el consumo; en cuanto á la producción se desinteresaban de ella; debía tratar de organizarse de manera de satisfacer á la demanda. Durante el período de depresión, dominados por la idea de que la crisis es la sobre-producción, trataban de remediar ésta y aconsejaban dos medios: la limitación de la producción y la venta á bajo precio al exterior de la sobre-producción.

Durante el período de desarrollo, los cartells han sido moderados en el alza de los precios, al menos hasta 1899. Pero los cartells no estaban bastante generalizados. Muchos productores de objetos fabricados quedaron fuera del movimiento (la industria de las máquinas por ejemplo) y aprovecharon para subir sus precios. Al ver eso, los cartells de materia prima quisieron recuperar el tiempo perdido é impusieron precios elevados á sus compradores. Durante el período de decaimiento, siguiendo en eso las ideas de los teóricos, limitaron la producción, vendieron la sobre-producción en el extranjero á precios muy bajos y mantuvieron precios elevados en el interior. Fueron esos otros tantos errores económicos. Al mantener los precios elevados, precipitaban la ruina de sus compradores; al limitar la producción para mantener el precio, retardaban la liquidación de la crisis que habría sido favorecida por una baja en el precio de las materias primas (hulla, coke, fundición, etc.); al exportar á precios tan bajos perjudicaban la industria nacional.

Los cartells deben ser reformados. El ejemplo de los Estados Unidos, prueba por lo demás, dice el autor, que son una institución de la cual no puede esperarse que produzcan el desaparecimiento de las crisis económicas. Pero el cartell americano ha podido seguir una política racional gracias á los caracteres especiales de la organización de la producción en los Estados Unidos. Cuando los pedidos tendieron á disminuir, en 1907, se establecieron bajas enormes en los precios. El cartell (*pool*), pudo adoptar esta medida radical, porque es una asociación de trusts y había seguido durante el período de desarrollo, una política de reducción del costo de producción, realizada por la eliminación de los organismos inferiores de la producción.

Estaba, pues, preparado para hacer frente á la baja de los precios. Por otra parte, al centralizar los pedidos, el trust estaba en aptitud de apreciar las limitaciones que debían introducirse en la producción, no para subir los precios, sino para adaptar la producción á la demanda.

Los cartells alemanes, por el contrario, tenían varios defectos: eran demasiado numerosos para un mismo ramo de empresas, demasiado divididos por los diversos ramos de empresas distintas, insuficientemente defendidos respecto de sus miembros para poder ejercer sobre la producción y los precios una influencia decisiva; por otra parte, se consideraban, antes de 1900, como los protectores de los pequeños industriales y basaban sus precios en el costo de producción de sus miembros menos favorecidos; lo que fué desastroso en el período de decaimiento, porque los obligó á mantener precios elevados. El cartell alemán ha sido un regulador defectuoso, é impotente; para llegar á ser eficaz, debería evolucionar hacia la organización de los cartells en trusts de los Estados Unidos. Por lo demás, en la industria alemana se está veri-

ficando una transformación en ese sentido. Se efectúa en ella un triple movimiento de concentración bajo la forma de fusión (reunión de empresas idénticas) y de integración (reunión en una misma empresa de procedimientos diversos de producción) y de fusión de cartells (*Stahlwerkswerband*).

DANIEL CRICK.

REVISTAS

Bélgica

Revue de droit International et de Legislatión comparée.—Bruselas.—Tomo IX.—1907 núm. 4º

De la nacionalidad y de la naturalización según la legislación actual de los Estados Unidos de América, por Ernesto Lehr.

Filosofía y derecho privado.—Resumen de un libro del profesor Sokolowski de la Universidad de Moscou, por Jorge Cornil.

Las relaciones entre Francia y la Santa Sede. Lo que han sido.—Lo que son.—Lo que deberían ser, por Ernesto Lémonón.

Nota: una nueva asociación de derecho internacional.

Notas bibliográficas.

Francia

Revue de Droit International privé et de Droit penal international.—Paris.—Año 3.—1907 mayo, junio, núm. 3º

Del porvenir del derecho internacional privado, por F. Despagnet.

De la determinación de la calidad de comerciante y de sus consecuencias ante el derecho internacional privado, Albérico Rolín.

Conflictos de legislaciones en materia de bienes muebles según la jurisprudencia inglesa, por J. T. B. Sewell.

La marca de los "Chartreaux" y las pretenciones del liquidador ante los tribunales extranjeros, por A. Pillet.

Jurisprudencia de Francia, Inglaterra, Argentina, Bélgica, Brasil, Creta y Escalas del Levante.

Documentos legislativos y diplomáticos.—Noticias é informaciones.—Bibliografía.

Bulletín mensual de la Societé de Legislatión Comparée.—Núms. 6-7 junio, julio 1907. —París.

Nota de M. Mesnil sobre el *income-taxe.*

Nota de M. Daguin sobre el impuesto sobre la renta en el Gran Ducado de Luxemburgo. Estudio sobre el impuesto sobre la renta por M. J. Dufay.

Estudio sobre el impuesto sobre la renta en Austria por M. V. Marcé.

Consejo de dirección.—Reunión de las secciones. Reseña de obras.

Italia

Rivista Penale di Dottrina, Legislazione e Giurisprudenza.—Roma.—junio 1907.—Núm. 267.

La independencia del procedimiento penal y civil en la hipótesis de una quiebra dolosa.

Jurisprudencia de la Corte de Casación.

Reseña parlamentaria.—Crónica.—Efemérides —Bibliografía.

Julio 1907.—Núm. 268.

Ruptura del contrato de trabajo.

La parte civil en los juicios por contravención.

Jurisprudencia de la Corte de Casación.

Libertad dada á los niños delincuentes en Francia. — Crónica. — Efemérides. — Bibliografía.

Annale della Giurisprudenza Italiana. — Florencia.—Año XV.—Núm. 8.

Parte I. Corte de Casación.
„ II. Casación de Roma.
„ III. Corte de Apelaciones.
„ IV. Jurisprudencia penal.
„ V. Jurisprudencia administrativa.

Florencia. Año XV.—Núm. 9.

Parte I. Corte de Casación.
„ II. Casación de Roma.
„ III. Corte de Apelaciones.
„ IV. Jurisprudencia penal.
„ V. Jurisprudencia administrativa.

Florencia.—Año XV Núm. 10.

Parte I. Corte de Casación.
„ II. Casación de Roma.
„ III. Corte de Apelaciones.
„ IV. Jurisprudencia penal.
„ V. Jurisprudencia administrativa.

España

Revista General de Legislación y Jurisprudencia.—Madrid, mayo, junio 1907.

Más sobre los peritos médicos.—P. Dorado.

Hipoteca de propietario y deuda territorial.—Carlos L. de Haro.

De los contratos nulos.—Enrique Pérez Ardá.

Nociones de Hacienda pública y de Derecho administrativo.—Diego Villa y Lindeman.—José Gascón y Marin.

Los exámenes del sadismo.—Arturo Mac-Donald.

El duelo ante la razón y la ley.—José María Baranao.

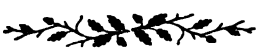
Un caso dudoso de responsabilidad del cónyuge viudo.—Manuel de la Plaza.—Revista de revistas jurídicas.—Noticias bibliográficas.

Estudios de Deusto. — Bilbao. — Año I. Junio 1907, núm. 12.

Las diversiones públicas.—Hoffmann Chaparro.—De la nulidad de los contratos.—Los accidentes del trabajo y los marinos.—Consultas y dictámenes.—Crónica legal.—Notas bibliográficas. Suplemento de noticias.

Obra

Cuerpo del Derecho Civil.—Anuario de legislación, Jurisprudencia española, Jurisprudencia extranjera. — Doctrina, referente al Código Civil español comparado con los principales códigos de Europa y América, por Ricardo Oyuelos. Un volumen de 538 págs.—Biblioteca Scaevola.—Madrid.



NOTAS BIBLIOGRAFICAS

REVISTAS

Estados Unidos

Columbia Law Review.—Núm. 5, mayo de 1907.

El impuesto sobre los bienes muebles ante la Constitución Federal.

¿Cuál es el *police power*, esto es las facultades internas de cada Estado ante la Constitución Federal?

La atribución de los tribunales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Notas.—Fallos recientes.—Libros y revistas.

Núm. 6, junio 1907.

La interpretación de la ley y la moral.

La estafa y el caso de Perkins.

La apropiación y la estafa el caso de "Regina VS. Ashwell".

Notas.—Fallos recientes.—Libros y revistas.

Harvard Law Review.—Núm. 7, mayo de 1907.

Incompatibilidad de las ocupaciones de policía con los empleos públicos.

La transferencia de las tierras según la antigua legislación inglesa.

Notas.—Fallos recientes.— Libros y periódicos.

Núm. 8, junio 1907.

La diferente situación legal de los socios que no han quebrado en una sociedad declarada legalmente en quiebra bajo el imperio de las disposiciones de la ley sobre quiebras de 1898,

Roma y la ley.

Un caso de marcas de fábrica.

Notas.—Fallos recientes.—Libros y periódicos.

American Law Review.—Núm. 3, mayo-junio 1907.

Mr. Samuel B. Clarke y el Comité Armstrong sobre legislación de seguros sobre la vida.

Evolución de la ley referente á los *boycotts*.

Hasta qué punto tienen fuerza de ley las reglas y disposiciones dictadas por los departamentos federales.

Diversos procesos ó sistemas de ley.

Demandas seguidas por individuos contra los Estados ante las Cortes Federales.

El control ejecutivo de la legislatura.

Notas sobre derecho internacional.

Notas corrientes.—Fallos recientes y resoluciones referentes al comercio entre los Estados.

Libros y revistas.

Michigan Law Review.—Núm. 7, mayo 1907.

El profesor Kales y la ley común respecto de los tenedores de propiedades.

Aspecto comercial de la unificación de las leyes de los diversos Estados.

El jurado en Escocia.

Los estudios de humanidades y los estudios clásicos como una preparación para las leyes.

Notas y comentarios.

Fallos recientes.—Literatura legal.

Núm. 8, junio 1907.

Una Constitución escrita bajo algunos de sus aspectos históricos.

La ley Beveridge sobre el trabajo de los niños y la potestad del Estado.

La constitucionalidad de la legislación federal referente á los empleos y empleados que se ocupan en el comercio entre los Estados y con el extranjero.

Notas y comentarios.

Fallos recientes. Literatura legal.

American Law Register.— Universidad de Pensilvania.— Fundado en 1852.— Núm. 1, enero 1907.

En memoria de James Wilson. Progresos de la ley. Libros y Revistas.—Periódicos.

Núm. 2, febrero 1907.

¿Pueden los Estados Unidos por un tratado conferir á los japoneses residentes en California el derecho de asistir á las escuelas públicas?—Las calles como deslindes en Pensilvania.—Progresos de la ley.—Libros y revistas.—Periódicos.

Núm. 3, marzo 1907.

Justicia ejecutiva.—Transferencia de propiedades y fraudes.—Progresos de la ley.—Notas.—Libros y revistas.

Núm. 4, abril de 1907.

William Morris Meredith.—Progresos de la ley.—Notas.—Libros y revistas.

Núm. 5.—Mayo de 1907.

Cristóbal Colón Langdell.—Progresos de la ley.—Libros y revistas.—Periódicos.

Méjico

Diario de Jurisprudencia.—Núms. 28 á 40, 1º junio á 25 de julio de 1907 y núms. 53 á 79, 1º á 31 de julio de 1907.

Jurisprudencia.—Estudios Jurídicos.

Bolivia

Revista Nacional de Jurisprudencia, Legislación y Administración.—Sucre.— Tomo I. Núm. 13, julio 15 de 1907.

Impedimentos dirimentes.

Estatutos personales y reales.

Ley y reglamentos de aguas.

Jurisprudencia de la Corte Suprema. Decretos y resoluciones supremas.—Bibliografía de revista de revistas.— Crónica.—Correspondencia.

Costa Rica

El Foro.—San José de Costa Rica.— Tomo III, núm. 2, 15 de junio de 1907.

La Ley de Imprenta.—Reforma Constitucional.—Impulso irresistible.— Eximente 9 del artículo 10 del Código Penal de Costa Rica.—Giosué Carducci.—Jurisprudencia Nacional.—Colección de las principales Constituciones políticas del mundo.— Labor del Colegio de Abogados en la muy importante obra del Código de Procedimientos Penales.— Doctrina importante.— Bibliografía.— Notas.

OBRAS

Los principios de derecho administrativo en los Estados Unidos, por M. Frank J. Goodnow, profesor de derecho administrativo en el Columbia College. Traducción francesa por A. y Gaston Jèze.—París, 1907. Un vol. in-8º. V. Giard et E. Brière, editores, 16 calle Soufflot y 12, calle Toullier.

En Inglaterra y en Estados Unidos, el derecho administrativo ha sido, en general, tan ignorado, que un autor ha llegado á negar su existencia.

Mr. Goodnow no piensa de esta manera. En su nueva obra se dedica al principio á definir el rol de la administración. Según él, mientras la política se ocupa de trazar el rumbo que debe seguir el Estado ó de expresar su voluntad, la administración tiene por misión el ejecutar esta voluntad. Debe por consiguiente estar sometida al control de la política, pero es necesario que haya armo-

nía entre estas dos instituciones diversas. Las autoridades encargadas de la administración deben tener cierta independencia de acción y no limitarse á servir á la organización de un partido. Su función es aplicar la ley eficaz é imparcialmente. La preocupación de la imparcialidad es, sin duda, la preocupación primordial de los anglo-americanos; quieren tener jueces independientes no sólo política sino también legalmente, y su principal temor es el de que las corporaciones netamente políticas puedan llegar á ejercer un control en la organización de la justicia. El derecho administrativo es, pues, según Mr. Goodnow, "aquella parte del derecho que fija la organización y determina la competencia de las autoridades encargadas de ejecutar la ley y que indica á los individuos los remedios contra la violación de sus derechos". Semejante concepto tan diverso del nuestro, debía engendrar consecuencias muy diferentes de aquellas á que nosotros hemos llegado. Así, por ejemplo, la teoría de la separación de los poderes, al pasar el Atlántico, ha perdido su carácter absoluto; las leyes declaradas inconstitucionales por los tribunales, la confusión de los poderes en los gobiernos locales, el nombramiento de los funcionarios por el departamento legislativo y judicial, su separación por medio de una sentencia, muestran hasta qué punto el dogma de Montesquieu ha sufrido modificaciones en el derecho americano. Nos ha llamado especialmente la atención aquella parte de la obra que se refiere á la protección de los derechos individuales y á los numerosos recursos dados á los ciudadanos contra los abusos de las autoridades. Si bien es cierto que en la cumbre del poder ejecutivo, el Presidente de la República, es á la vez jefe administrativo y político del gobierno nacional y que ejerce su control y su dirección sobre los actos de todos los funcionarios á quienes tiene el derecho de separar, también lo es que la mayor parte de sus resoluciones, en caso de exceso de poder, pueden ser anuladas por los tribunales. Lo mismo ocurre con los actos de los gobernadores y de los jefes de los departamentos.

Los tribunales, tribunales civiles, criminales ó especiales, tienen facultad para conocer de las acciones dirigidas por, ó en contra del Gobierno; muchas veces la ley no puede ser ejecutada sino por la vía judicial; por fin pueden cobrarse indemnizaciones por perjuicios á los funcionarios responsables pecuniariamente y como simples particulares, salvo excepciones, por los actos cometidos por ellos en el ejercicio de sus funciones.

Los tribunales criminales pueden negarse á castigar al individuo perseguido por el funcionario que ha extralimitado sus poderes ó castigar á los funcionarios culpables de violación de sus deberes,

Por fin, hay remedios extraordinarios: el *mandamus*, para obligar á la administración á cumplir lo que ilegalmente se había negado á hacer; la *prohibition* ó la *injonction*, para impedir que la administración obre; el *certiorari*, para revisar una resolución tomada por ella; el *habeas corpus*, para llevar ante los tribunales las cuestiones que susciten los arrestos; el *quo warrants*, para impedir la usurpación de una franquicia ó de un privilegio.

El funcionamiento de este sistema tan claramente expuesto por Mr. Goodnow, es para nosotros del mayor interés.

Muchos encontrarán en el estudio de los rodajes administrativos de la gran democracia americana, materia de enseñanza y reflexiones. Las restricciones introducidas contra la omnipotencia de los agentes del Gobierno por el control de los tribunales forman el complemento indispensable de las instituciones de un pueblo libre; nuestos legisladores podrían meditar útilmente sobre la obra de Mr. Goodnow.

P. Goulé.

Principales diferencias entre el Código Napoleón (1804) y el Código Guillermo II (1900), siguiendo el orden del Código Napoleón, por M. G. V. Scherer abogado del Tribunal del Imperio. Un vol. in-8º, Paris, Larose, 1903.

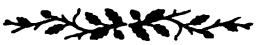
—

Este libro ha merecido un lugar entre aquellos que se publicaron en la fecha del centenario del Código Civil; tal vez su método eminentemente práctico hizo que escapara á la atención de aquéllos, que en esta ocasión, re-

copilaron los códigos y leyes derivados y engendrados, por decirlo así, por la legislación de 1804.

Por este motivo será sin duda más buscado por los hombres de derecho de Francia que deseen tener entre sus manos un guía seguro, escrito en francés, que les permita comparar la legislación moderna del otro lado del Rhin con el derecho nacional. Esta comparación les será fácil gracias á la publicación de M. Scherer que ha puesto lado á lado los dos códigos, artículo por artículo, de la manera más exacta. La concisión del trabajo así como también la falta sistemática de toda explicación fuera de los textos le era impuesta por el deseo que tenía de hacer esta comparación lo más perfecta posible. La reputación que el autor ha adquirido por sus numerosos trabajos sobre la aplicación del derecho francés á los países alemanes (provincia prusiana del Rhin, Hesse meridional, Palatinado bávaro, Gran ducado de Baden) era una garantía segura del valor de su trabajo. Scherer es autor del único comentario del Código Civil alemán que esté más especialmente destinado á los jurisconsultos de esos países, porque establece la concordancia entre las disposiciones del Código actual y la legislación anterior, de origen francés; es él también quien ha editado la colección de las resoluciones de la Corte Suprema de Leipzig, fundadas en el derecho francés. La única inexactitud que hemos encontrado consiste en que el autor atribuye arbitrariamente al Código alemán el nombre del emperador bajo cuyo reinado apareció; ningún texto, ninguna costumbre autorizan hasta ahora semejante denominación, tanto más inofensiva y excusable por lo demás cuanto que el autor ha conservado al Código francés el nombre imperial que los acontecimientos han hecho caer en desuso.

E. Eisenmann.



NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS

Responsabilidad de los fundadores y administradores de sociedades anónimas, por Henri Mouret, abogado de la Corte de Apelaciones de Tolosa, 2ª edición. París, Pichón y Durand. Auzias, 1907.

Los administradores desempeñan en la vida de las sociedades anónimas un papel muy importante Aunque en derecho no son sino simples mandatarios sometidos á la vigilancia de los comisarios de cuentas y al control de la asamblea general, sin embargo, son ellos los que de hecho dirigen los negocios sociales, y esta influencia preponderante puede tener á veces consecuencias desagradables contra las cuales es necesario que los accionistas y terceros estén garantidos.

El Código de Comercio sin embargo no imponía á los administ adores ninguna responsabilidad especial por razón de su gestión y lo sometía simplemente á las reglas generales del mandato; pero las leyes de 1863 y 1867, al reglamentar minuciosamente la formación y la gestión de las sociedades anónimas que quedaron desde entonces exentas de la autorización gubernativa, vinieron á sancionar con responsabilidad efectiva y aún con sanciones penales el cumplimiento exacto de interesante, está dedicada á las acciones de las nuevas reglas por ella instituídas.

M. Mouret nos da el estudio detallado de esta responsabilidad y hay que agradecerle el haber condesado así en una obra interesante y útil, todas las informaciones hasta ahora esparcidas en artículos de revistas y recopilaciones de jurisprudencia.

En la primera parte dedicada á la responsabilidad civil, el autor estudia, bajo el punto de vista doctrinal y práctico, los dos órdenes de hechos, constitución y gestión de la sociedad, que puede dar ocasión á esta responsabilidad, y examina en seguida su extensión según que se trate de la sociedad tomada en conjunto, de los accionistas considerados individualmente ó de los terceros.

La responsabilidad civil de los administradores no es sin embargo la única en que pueden incurrir. Pueden, en efecto, en el curso de su administración cometer sea delito de derecho común, sea infracción á las reglas relativas á la constitución ó administración de la sociedad, infracciones que dan lugar á una acción penal. Todos estos puntos están tratados en la segunda parte que, como la anterior, está redactada en términos muy precisos con indicación de la jurisprudencia más reciente.

Por fin, la última parte, que no es la menos

responsabilidad. ¿Cuál es el criterio para reconocer la acción social ó *mandati* de la acción individual fundada en el artículo 1382? ¿En qué casos y por quiénes esas acciones pueden ser ejercidas? Tales son las cuestiones que estudia M. Mouret con una nitidez y una precisión tanto más apreciable cuanto que ellas han sido objeto de discusiones numerosas de parte de los autores y de resoluciones contradictorias de los tribunales.

El volumen termina, por fin, por un índice alfabético que permite encontrar fácilmente el dato preciso que se busca.

El trabajo de M. Mouret, que es muy completo, que está construído con mucho orden y método y que está al corriente de las últimas expresiones de la doctrina y de la jurisprudencia, constituye, en la materia especial de la responsabilidad de los administradores, un guía muy útil y seguro para todos los que tienen que ocuparse de esta cuestión.

AMEDÉE MOURRAL.

La insalubridad pública y la expropiación; una ley necesaria, por el doctor Eugène Gautrez, Director de la Oficina de Higiene de la ciudad de Clermont Ferraud.—1 vol. in 8º 274 p. París, Jules Rousset, 1907.

La insalubridad de la habitación ejerce una influencia funesta en lo que se refiere á la propagación de las enfermedades y especialmente de la tuberculosis; debe atraer por consiguiente especialmente la atención de todos aquellos que se preocupan de la salubridad pública.

El objeto que se ha propuesto el doctor Gautrez en este interesante estudio que viene precedido de un prefacio notable de M. Cheysson, miembro del Instituto, es el establecer la necesidad de una ley relativa á la expropiación por causa de iusalubridad y el fijar las bases sobre las cuales debe estar establecida para dar resultados apreciables bajo el punto de vista de la higiene, sin imponer gravámenes excesivos á las Municipalidades.

Después de haber establecido la insuficiencia de las leyes actualmente en vigencia (ley de 3 de mayo de 1841 y ley de 15 de febrero de 1902) el autor hace una reseña de los diferentes proyectos de las Municipalidades y de los Congresos de Higiene de los proyectos de ley de los señores Delory y Siegfried y del proyecto del Gobierno.

Termina exponiendo sus ideas propias sobre lo que debe ser la nueva ley para que responda á las necesidades existentes y alcance el objeto perseguido. Establece la posibilidad de expropiar por zonas, operación de conjunto que sanea barrios enteros y que ha sido adoptada por la ley belga y forma parte del proyecto Debory. Trata en seguida del avalúo de la indemnización en una suma igual al valor sanitario del inmueble, es decir, deducción hecha del valor de los trabajos exigidos por la insalubridad, base adoptada por la ley inglesa de 18 de agosto de 1890 y por el señor Siegfried en su proposición. Es, por fin, la simplificación del procedimiento y la posibilidad de un recurso de casación, la creación hecha por las ciudades, de alojamiento destinados á recibir á los arrendatarios de los inmuebles expropiados, la reventa hecha por las comunas de los terrenos que no utilizan con derecho de prioridad para los antiguos propietarios.

Hay entre estas ideas, un punto especialmente controvertido y sobre el cual el doctor Gautrez, que tiene á su favor la proposición Siegfried y la ley inglesa, está en desacuerdo con el proyecto del Gobierno: es la cuestión de la indemnización que se debe al propietario. El autor propone atenerse *al solo valor sanitario* del inmueble. El proyecto del Gobierno no establece nada semejante, mantiene el sistema de la ley de 1841 en ese punto y propone, como medio de aliviar á la comuna de ese gravamen tan pesado, el autorizar la adquisición de los inmuebles que por su sola situación están llamados á aumentar de valor con los trabajos. ¿Quedará así mejor asegurada la defensa de la propiedad privada?

Es la cuestión tan árdua del conflicto de interés público y de los intereses privados sobre la cual será talvez muy difícil llegar á un acuerdo, á pesar de que la teoría del doctor Gautrez está muy hábilmente presentada y tiene á su favor argumentos muy serios.

HENRI LAVOLLÉE.

Las escuelas económicas en el siglo XX. La escuela individualista, el Socialismo de Estado, por A. Bèchaux, miembro correspondiente del Instituto de Francia, profesor honorario de economía política y de la ciencia de las fianzas en la facultad libre de derecho de Lille, in 8º de 332 págs. París, 1907, Arthur Rousseau et Alcan, editores, 8 fs.

El economista que enseña en las Universidades no sospecha la acción que ejercerá su pensamiento y la impresión que ha de dejar en los jóvenes estudiantes. En la edad feliz de los veinte años en que el joven elige su carrera, ofrece á sus maestros una inteligencia deseosa de saber, ansiosa de verdad, pero también impresionable, maleable, permeable. El profesor de economía política tendrá una influencia talvez decisiva, pero con dos condiciones, que su enseñanza sea "viva" y "convincente". ¿Cómo lo será? Es lo que investiga N. Bèchaux. En una obra anterior estudió la escuela económica francesa; este primer volumen ya ha sido traducido al alemán y al español. En el nos habla de la escuela individualista que ha imperado durante todo el fin del siglo XVIII y la mayor parte del XIX.

El autor expone cómo las doctrinas de esta escuela han sufrido lentas pero numerosas transformaciones. Era al principio lo que llamaban la escuela inglesa, eran las doctrinas de Adam Smith, para no nombrar sino e más célebre, doctrinas reproducidas en Francia por J. B. Say y muchos otros. Durante mucho tiempo estas doctrinas no fueron discutidas, pero después, poco á poco la contradicción nació. Se tachaba á esta escuela de preocuparse mucho más del producto que del productor, de la riqueza pero no de los hombres, ni de los obreros. Desde mediados del último siglo, los economistas franceses, especialmente, se habían preocupado considerablemente de los obreros. Pero acudían á la iniciativa individual; recomiendan las instituciones patronales é incitan á los obreros á fuudar Cooperativas y Mutualidades. "La economía política se clasifica entonces entre la ciencias morales, porque el hombre constituye su principio como trabajador y su objeto como consumidor de la riqueza. Los economistas no sólo son partidarios de todas las iniciativas que contribuyen á la unión del capital y del trabajo, sino que incitan á ellas y cuando se producen no dejan de estimularlas. Lo que desean, es que la ley favorezca las asociaciones libres en lugar de desalentarlas. Lo que reclaman es que entre el individuo y el Estado se funden libremente agrupaciones económicas para contribuir al desarrollo de la riqueza y al bienestar de todos".

Estas dos primeras partes, la evolución y la escuela individualista son notables y dignas de atención.

La tercera parte trata del socialismo de Estado. Esta doctrina que obtuvo sus primeros éxitos en Alemania, pero que se ha esparcido después en otros países y aun en Inglaterra, se pronuncia francamente contra la libertad. Quiere que el Estado considerado por ella como infalible, sustituya su voluntad á la de los particulares en los contratos que celebran entre ellos principalmente en el contrato de trabajo. Mr. Bèchaux enumera la larga serie de estas empresas contra la libertad de los ciudadanos: limitación impuesta á la duración del trabajo, aun para los adultos; fijación, en muchos casos, de una cifra de salarios que se impone á la voluntad de las partes; condiciones del trabajo impuesto, etc. La intervención del Estado puede tomar proporciones ilimitadas, lo vemos día á día. "Desde hace treinta años el socialismo científico da enseñanzas deprimentes, que terminan por la absorción por el Estado de todas las fuerzas vivas de la nación".

"En esa lucha confusa, dice al terminar Mr. Bechaux ¿quién ha de ser el primero en ilustrar la opinión pública si no es el economista, que puede por medio del libro sembrar las ideas justas y las reformas útiles? Tal me parece ser su noble misión al principio del siglo XX."

HUBERT VALLEROUX.

ÍNDICE GENERAL

DEL AÑO 1906-1907

CONTIENE:

1º Indice alfabético de doctrina de la Segunda Parte: Jurisprudencia, Primera y Segunda Sección.
2º Indice de los artículos de los Códigos y de las leyes especiales.
3º Indice alfabético de los nombres de las partes.
4º Indice de los artículos de la Sección Derecho.
5º Indice de materias de la Sección: Jurisprudencia Extranjera.
6º Indice de las Notas Bibliográficas.

ÍNDICE ALFABÉTICO DE DOCTRINA

ABOGADO

A

ABANDONO DE LA INSTANCIA

Efecto retroactivo.—El plazo de tres años establecido por el Código de Procedimiento Civil para que pueda pedirse el abandono de la instancia, no puede empezar á contarse desde antes del 1.º de marzo de 1903, fecha en que entró en vigencia dicho Código, porque de otro modo se daría efecto retroactivo á sus disposiciones.—C. A. 11 noviembre 1905 . . . . II 15

ABOGADO

1. *Casación de oficio.—Suspensión.—Tabla.—Vista.*—Pedida la suspensión de una causa por el abogado de ella por enfermedad, no puede invocar después la nulidad de la sentencia dictada, fundándose en que la causa estaba mal anunciada en la tabla por haber error en la última letra del nombre, porque el hecho de pedir la suspensión manifiesta el conocimiento de que era esa la causa. —Cas. 15 diciembre 1906 . . I 316
2. Solicitada por un abogado la suspensión de una causa por estar enfermo, con el certificado médico correspondiente, si el tribunal vé y falla la causa, falta al trámite esencial de señalar nuevo día para su vista, y este vicio autoriza para anular de oficio la sentencia.—Mismo fallo.

ABORDAJE

1. *Apreciación.—Capitán.—Naviero.—Perjuicios.—Reclamación.—Ultra-petita.*—Establecida la calidad de naviero del demandado, no infringe los artículos 865 y 878 del Código de Comercio, la sentencia que lo declara responsable de los daños causados por un abordaje debido á impericia ó culpa del capitán, ya que en conformidad á esas disposiciones legales responde civilmente el naviero de los hechos del capitán y puede la acción dirigirse en contra de cualquiera de ellos.—Cas. 11 abril 1907 . . . . . I 167
2. Establecida legalmente la responsabilidad de los demandados en su carácter de navieros, y condenados en tal carácter, no infringe este fallo las reglas del mandato ni la disposición del artículo 468 del Código de Comercio, si agrega la consideración de que ni la calidad de agentes de una compañía extranjera dueña de la nave, que se atribuyen los demandados, ni la de consignatarios, habrían bastado tampoco para eximirlos de responsabilidad, pues estas consideraciones carecen de influencia decisiva en el fallo y la responsabilidad juzgada por la sentencia recurrida no se refiere á hechos ejecutados por mandantes ó comitentes extranjeros de que deban responder sus agentes en Chile, sino á actos del capitán de una nave que obliga á su propio naviero, carácter que de hecho asumieron los demandados.—Mismo fallo.

ACCIÓN EJECUTIVA

1. *Casación en el fondo.—Obligación de hacer.—Perjuicios.—Promesa.* — Puede exigirse ejecutivamente el cumplimiento de una promesa de ex-vincular y vender en seguida una propiedad raíz por un precio y dentro de un plazo que se fija en el contrato otorgado por escritura pública, y que reúne todos los requisitos legales para su validez.—Cas. 13 octubre 1906 . . . . . I 4
2. No procede el cobro ejecutivo de los perjuicios que pueda ocasionar la falta de cumplimiento de la promesa de ex-vincular y vender en seguida una propiedad raíz, si no están determinados esos perjuicios por sentencia ejecuteria.—Mismo fallo.

ACCIÓN HIPOTECARIA.—*V. Hipoteca.*

ACCIÓN MUEBLE

Competencia. — Domicilio.— Es competente para conocer de una demanda por cobro de servicios médicos el juez del lugar en que el deudor tuvo su domicilio cuando le prestaron esos servicios; porque tratándose de una acción mueble es competente el juez del lugar donde debe cumplirse la obligación, y ésta debe cumplirse, á falta de lugar designado en la convención, en el domicilio del deudor, y si éste se hubiere mudado después de contraída la obligación, será siempre juez competente el del lugar en que sin esa mudanza correspondedería. — C. A. 1.° diciembre 1906. . . . . II 131

ACCIÓN ORDINARIA

Acción posesoria.—Casación en la forma.—Ultra-petita.—Falla *ultra-petita* el Tribunal de Alzada que extiende su resolución á puntos no sometidos á su decisión, estableciendo que lo que resuelve es un interdicto posesorio, porque esa es á su juicio la acción deducida en la demanda, siendo que en realidad de los términos claros de ella aparece que la acción deducida es ordinaria, habiéndose seguido la litis por los trámites del juicio ordinario y habiendo dado ese carácter á la acción la sentencia de primera instancia.—Cas. 20 noviembre 1906. . . . . I 246

ACCIÓN POSESORIA

1. *Acción ordinaria.—Casación en la forma.—Ultra-petita.*—Falla *ultra-petita* el Tribunal de Alzada que extiende su resolución á puntos no sometidos á su decisión, estableciendo que lo que resuelve es un interdicto posesorio porque es esa á su juicio la acción deducida en la demanda, siendo que en realidad de los términos claros de ella aparece que la acción deducida es ordinaria, habiéndose seguido la litis por los trámites del juicio ordinario y habiendo dado ese carácter á la acción la sentencia de primera instancia.—Cas. 20 noviembre 1906. . . . . I 246
2. *Ampliación. — Apelación. — Apreciación. — Causales. — Contra-querella.—Cosa juzgada.—Costas.—Desistimiento.—Fiscal. — Municipalidad. — Omisión.—Parte agraviada.—Plazo.—Posesión. — Querella. —Sentencia.— Ultra-petita.*— Establecido por los jueces de la causa el hecho de que el querellante no ha poseído tranquila y no interrumpidamente durante un año completo la plaza objeto de la querella, se impone el rechazo de ésta, porque no puede instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo. —Cas. 20 diciembre 1906. . I 294
3. *Causales.—Estado.—Posesión. —Salitreras.*—La posesión de los yacimientos de salitre pertenece al Estado por el ministerio de la ley y sólo pueden adquirirlos los particulares á virtud de concesión otorgada por autoridad competente y con las formalidades legales. En consecuencia, si el Fisco se querella de amparo contra particulares que han ocupado, á su juicio indebidamente, un yacimiento salitral, es innecesario apreciar el mérito de las informaciones de testigos rendidas por las partes, porque la posesión de dicho yacimiento pertenece al Estado por ministerio de la ley, y debe aceptarse la querella. — Cas. 17 diciembre 1906. . . . . I 301
4. El particular que pretende la propiedad ó posesión de un estacamento salitral debe acreditarlo por medio de la concesión hecha por el Estado en forma legal, ya que sin esa concesión la posesión y menos la propiedad de dicho estacamento no ha podido salir de manos del Estado. No prueba, en consecuencia su derecho con la sola presentación de una escritura de compra-venta á otro particular, posterior al decreto de 30 de mayo de 1884, que suspendió en todo el territorio de la República el otorgamiento de concesiones de salitre.—Mismo fallo.
5. La posesión que el Estado tiene de los terrenos salitrales emana de la ley y se acredita con ella misma y aunque pudiera argüirse que la ley establece más bien el dominio que la posesión y que los títulos que acreditan el dominio no deben tomarse en cuenta en los juicios posesorios, procedería en este caso la excepción del inciso 2 del artículo 923 del Código Civil, ya que el título, que es la ley, puede probarse sumariamente.—Mismo fallo.
6. *Comunero.*—Entre comuneros no proceden las acciones posesorias.—C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II [illegible]
7. *Inscripción.—Posesión.*—No puede entablar acción posesoria sino el que pruebe haber estado en posesión real tranquila y no interrumpida por un año completo, del terreno que se refiere la querella, y esta prueba debe rendirse acreditando hechos positivos de aquellos á que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.—Estos hechos no se acreditan con la simple presentación de un título inscrito, porque la inscripción es un requisito legal para solemnizar la tenencia con animo de señor, lo cual únicamente caracteriza la posesión, y es indudable que la inscripción, excepcionalmente exigida respecto de ciertos bienes por el artículo 724 del Código Civil, debe concurrir con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión.—C. A. 23 de octubre 190[illegible] . . . . . II [illegible]

ACCIÓN REAL

Censo.—Hipoteca.—Gravada una propiedad con un censo y constituida hipoteca sobre ella en garantía, si esta propiedad se divide después, puede el censualista cobrar el total de los créditos debidos al dueño de una parte de la finca, porque la acción que ejercita es total e indivisible y puede ser dirigida contra aquel que posee en todo ó parte la cosa accensuada, sin perjuicio de su derecho para repetir contra quien viere convenirle. — C. A. 3 diciembre 1906. . . . . II [illegible]

ACCIONES

Pérdida. — Sociedad anónima.—Si los estatutos de una sociedad anónima de acciones al portador disponen que en el caso de que por cualquiera causa se pierda ó inutilice algún título de acción, la sociedad no dará duplicado sino que se limitará á tomar las providencias que le fueren ordenadas por la autoridad judicial, el accionista cuyos títulos se han carbonizado

do en un incendio tiene derecho á que se le den otros títulos, en la forma que ordene la justicia ordinaria.—C. A. 18 diciembre 1906 . . . . . II 150

ACREEDOR HIPOTECARIO.—V. *Hipoteca*

1. *Cesión de crédito.—Seguro.*—Existe el interés exigido por la ley para contratar válidamente un seguro, de parte del cesionario de un crédito hipotecario, aún cuando no se haya practicado con anterioridad al seguro la inscripción del traspaso del crédito en el respectivo registro. —C. A. 6 septiembre 1906 . . I 29
2. *Hipoteca. — Renuncia.* — El dueño de uno ó de varios predios hipotecados en garantía de una misma deuda, no puede oponerse á la acción del acreedor exigiéndole que se dirija conjuntamente en contra de las distintas propiedades hipotecadas.—Cas. 19 julio 1907. . . . . I 328
3. La renuncia que hace el acreedor de parte de la garantía hipotecaria no está prohibida por la ley y sólo mira al interés individual del renunciante. Mismo fallo.

ACTOS DE MERA FACULTAD Ó TOLERANCIA.

Aguas.— Canal.— Posesión. — Prescripción.—Servidumbre.—El hecho de haber permitido los dueños de un cauce artificial que un tercero extraiga por un cañón una parte del agua de dicho canal que antes arrendaba, después de expirado el arriendo, es un acto de mera facultad ó tolerancia que no confiere posesión ni da fundamento á prescripción.—Cas. 3 agosto 1907. . . . . I 442

ACUERDO MUNICIPAL.—V. *Municipalidad.*

ADMISIBILIDAD del recurso de casación.—V. *Improcedencia.*

1. *Arbitros.—Casación de oficio.—Juicio arbitrario.—Sentencia definitiva.*—Tiene el carácter de definitiva la sentencia que resuelve sobre el sometimiento á compromiso de las cuestiones suscitadas con motivo del cumplimiento de un contrato, habiéndose impugnado por una de las partes el valor de la cláusula en que se establecía el arbitraje; y en consecuencia procede en su contra el recurso de casación en el fondo.—Cas. 10 noviembre 1906. . . . . I 41
2. *Improcedencia.—Mensura.—Reclamación.—Sentencia aprobatoria de mensura.—Sentencia interlocutoria.*—Es admisible el recurso de casación en la forma contra la sentencia aprobatoria de la mensura de una mina.—Cas. 16 octubre 1906. I 57

ADUANA.—V. *Agente de aduana.—Derechos de aduana.*

AFLUENTE

Aguas. — Apreciación. — Bienes nacionales.—Cosa juzgada.—Prescripción.—Si las aguas de un estero que sirve de afluente á un río tienen influencia notable en el aumento ó disminución de las aguas de un canal que se saca de ese río, estas aguas no pueden considerarse entre sí como independientes y distintas.—Por consiguiente, el uso que de las aguas de ese estero puede hacer el dueño de la heredad superior, en virtud de una merced recientemente concedida por la autoridad administrativa "sin perjuicio de terceros", se halla limitado y subordinado al uso adquirido con anterioridad por el dueño de la heredad inferior que ha estado gozando su derecho de un modo público, pacífico y no interrumpido durante más de cuarenta años por medio de un canal construído en el río á que dicho estero sirve de afluente. —Cas. 4 agosto 1906. . . . . I 126

AGENTE DE ADUANA

Aprehensión. — Casación en el fondo. — Contrabando. — Defraudación. — Derechos de Aduana.—Moneda.—Multa.—Extraídas ciertas mercaderías de los almacenes de Aduana, por un agente de la misma Aduana, sin pagar los derechos de internación, después de haber sido desembarcadas y depositadas en los almacenes, llenándose en el desembarco y depósito todas las formalidades prescritas por las leyes ó reglamentos aduaneros para su internación en el país, el delito cometido no es el previsto en en los artículos 84 número 11 y 89 número 20 de la Ordenanza de Aduanas, que castigan el conato de defraudación y el contrabando, sino el comprendido en el artículo 89 número 18 de la misma Ordenanza, que pena al agente de Aduana que defrauda los derechos de internación con una multa igual al duplo del valor que intentó defraudar. — Cas. 30 noviembre 1906 . . . . . I 260

AGRAVIOS. — V. *Expresión de agravios.*

AGREGACIÓN DE DOCUMENTOS

1. *Citación. — Contradicciones del fallo.— Ultra-petita.*—No puede pedirse la nulidad de un fallo fundándose en que se agregó un documento á los autos en segunda instancia sin citación de la parte contraria, si en el escrito de expresión de agravios con que se acompañó este documento se pidió que se tuviera presente con citación de la parte contraria y ésta fué notificada de la providencia recaída en ese escrito, y si, á mayor abundamiento, esta misma parte, en su respuesta á la expresión de agravios, formuló diversas observaciones relacionadas con el mencionado documento, pues en realidad se llenaron ampliamente los fines con que la ley prescribe la citación de las partes, sin que pueda aseverarse que el tribunal consideró en el fallo recurrido un antecedente del cual no tuvieron las partes pleno y oportuno conocimiento.— Cas. 17 abril 1907. . . . . I 182
2. No es causal bastante de casación la agregación á los autos, sin citación de la parte contra quien se presenta, de un documento dejado por el abogado de la parte contraria en la vista de la causa, si esta agregación no se ha hecho por orden del tribunal librada á solicitud de parte y si el fallo recurrido no se funda en ese documento ni hace referencia á él.—Mismo fallo.
3. *Casación en la forma.—Causal.— Competencia. — Instrumento público.—Prueba.— Testigos.*—Es trámite esencial en la primera y segunda instancia de los juicios de mayor cuantía, cuya omisión da lugar á casación, la agregación de los documentos presentados por la parte en tiempo hábil, y la citación de la parte contra quien se han presentado. Por consiguiente, es nula, por infracción de ese trámite, la sentencia que rechaza la admisión de la copia de la declaración de un testigo prestada ante otro juez. Este documento es prueba instrumental, y debe ser reputado como público; la calificación de su valor jurídico corresponde á los jueces de la causa al valorar en definitiva la fuerza de las pruebas aducidas.—Cas. 5 octubre 1906. . . . . I 225
4. *Omisión.— Sentencia.— Sentencia confirmatoria.*—Es inaceptable la causal de casación fundada en que un considerando de la sentencia de primera instancia acepta el valor probatorio de documentos que á juicio del recurrente fueron presentados fuera de término y han sido impugnados por él, si la sentencia recurrida confirma la de primera instancia en virtud de fundamentos nuevos, sin aceptar los que esta había consignado y sin hacer mención siquiera de los documentos impugnados por el recurrente.— Cas. 1.° mayo 1907. . . . . I 235

AGUAS

1. *Afluente.—Apreciación.—Bienes nacionales.—Cosa juzgada.— Prescripción.*—El derecho que el artículo 834 del Código Civil concede al dueño de una heredad para usar de las aguas que corren naturalmente por ellas, y el derecho que emane de una merced concedida á ese dueño por la autoridad administrativa, se limitan en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido con anterioridad, por prescripción ú otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas. —Cas. 4 agosto 1906. . . . . I 126

2. Si las aguas de un estero que sirve de afluente á un río tienen influencia notable en el aumento ó disminución de las aguas de un canal que se saca de ese río, estas aguas no pueden considerarse entre sí como independientes y distintas. Por consiguiente, el uso que de las aguas de ese estero pueda hacer el dueño de la heredad superior, en virtud de una merced recientemente concedida por la autoridad administrativa «sin perjuicio de terceros», se halla limitado y subordinado al uso adquirido con anterioridad por el dueño de la heredad inferior que ha estado gozando su derecho de un modo público, pacífico y no interrumpido durante más de cuarenta años por medio de un canal construído en el río á que dicho estero sirve de afluente. — Mismo fallo.

3. *Casación en el fondo.—Juez de aguas.*—La ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, dejó subsistente el cargo de juez de aguas creado por la Ordenanza de 3 de enero de 1872, de modo que la mera circunstancia de que esa ley traspasara á las Municipalidades, ó al juez de letras en su caso, las atribuciones que aquella Ordenanza confería al Presidente de la República en orden al establecimiento y suspensión de turnos, nombramiento de juez de aguas etc., no es causal jurídica que haga caducar los nombramientos de los jueces de aguas que se hallaban en funciones cuando se dictó esa ley.—Cas. 12 diciembre 1906. . . . . I 310

4. Los jueces de aguas, una vez nombrados, son funcionarios permanentes y no afecta esta permanencia el sometimiento á nuevo turno del río ó estero donde prestan sus servicios, ni tampoco la suspensión de esta medida.—Mismo fallo.

5. Sometido á un turno un río por resolución de autoridad competente, ese estado no se altera, aún cuando después sobrevenga abundancia de aguas, y perdura de derecho hasta que el juez á quien corresponde suspenderlo lo dispone así á petición de parte y con conocimiento de causa. — Mismo fallo.

6. Durante el turno de los ríos pesan sobre los jueces todas sus obligaciones, haya ó no abundancia de aguas y por consiguiente, pesa también sobre los canalistas el deber de remunerarlos, sin que puedan excusarse con el pretexto de que, con la abundancia de aguas, se hacen innecesarios sus servicios.— Mismo fallo.

7. El juez de aguas sólo tiene derecho á la remuneración que establece la Ordenanza mientras el río ó estero está sometido á turno. Suspendido el turno, las funciones del juez son pasivas, cesan sus servicios y trabajos y es justo que cese también para los canalistas la obligación de remunerarlo.—Mismo fallo.

8. *Apreciación.—Causal.— Formalización.—Instrumento privado.— Omisión. — Prescripción.—Prueba.—Reclamación. —Reivindicación.—Sentencia.* —Establecidos por el tribunal sentenciador los hechos de que un canal fué construído por el dueño de un predio para su regadío, pasando después al dominio de sus herederos, hijuelatarios de dicho predio; que uno de estos herederos lo ensanchó y aumentó su dotación; que este heredero reconoció el derecho de uno de sus coherederos á su cuota en el canal, gozando este último de su derecho y contribuyendo á los gastos del canal; debe aceptarse la demanda reivindicatoria de este coheredero que ha sido privado de su derecho por el sucesor de aquel que aumentó la dotación del canal, pues se trata de la reivindicación de una cuota determinada pro-indiviso de una cosa singular de que el demandante no está en posesión, para que el actual posedor sea condenado á restituírsela. — Cas 10 julio 1907.. . . . . I 355

9. Establecida por el tribunal sentenciador la posesión regular de más de diez años que el demandante ha tenido sobre el canal de regadío materia del juicio, debe aceptarse la prescripción adquisitiva de dominio que alega en la demanda.— Mismo fallo.

10. Establecido por los jueces de la causa que el demandado no tiene justo título para amparar el dominio que pretende como posedor regular de un canal de regadío, ni ha poseído durante treinta años, no infringe disposición legal alguna la sentencia que rechaza las prescripciones ordinaria y extraordinaria que invoca el demandado.—Mismo fallo.

11. *Actos de mera facultad.— Canal.—Posesión.— Prescripción. — Servidumbre.* — Las aguas que corren por un cauce artificial construído á expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construído el cauce.—Cas. 3 agosto 1907. . . . I [illegible]

12. Para adquirir la servidumbre voluntaria de servirse en beneficio propio de las aguas de un canal construído á expensa ajena ó, lo que es lo mismo, el dominio de una parte de las aguas de dicho canal por haberse servido de ellas durante cierto tiempo, debe probarse la existencia de la servidumbre y, no habiendo tenido posesión regular, la prescripción de treinta años, conforme al artículo 2510 del Código Civil, no siendo bastante para adquirir el dominio del agua la prescripción de diez años que se invoca. — Mismo fallo.

13. El hecho de haber permitido los dueños del cauce artificial que un tercero extraiga por un cañón una parte del agua de dicho canal que antes arrendaba, después de expirado el arriendo, es un acto de mera facultad ó tolerancia que no confiere posesión ni da fundamento á prescripción.—Mismo fallo.

14. *Obras aparentes.—Posesión.* —Habiéndose concedido en diferentes fechas á dos personas mercedes de aguas en el mismo estero, debe ser preferida la que primero entró en posesión ejecutando obras aparentes para el uso de las aguas, aunque su merced sea de fecha posterior.—C. A. 26 diciembre 1906. . . . . II [illegible]

15. *Competencia. — Municipalidad.*—Según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Municipalidades, de 22 de diciembre de 1891, corresponde á estas corporaciones reglamentar el servicio y uso de las aguas corrientes de las ciudades é igualmente la construcción, nivelación y limpia de las acequias y cloacas por donde ellas corren; y es improcedente la demanda presentada ante la justicia ordinaria con algunos de los fines anteriormente indicados. — C. A.—22 octubre 1906. . . . . II [illegible]

ALBACEA

1. *Costas.*—El albacea que acepta el cargo y se vé obligado á comparecer á defender en juicio la validez del testamento, cuya nulidad pide uno de los herederos, tiene derecho, aunque el testamento haya sido declarado nulo por sentencia de término, á que se le abonen las

expensas legítimas (costas y honorario de abogado) en que ha incurrido y al pago de la remuneración que el juez le asigne.—Cas. 4 julio 1907. . I 35f

2. Si la sentencia que declaró la nulidad del testamento condenó en costas al albacea, no infringe el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que ordena al heredero pagar al albacea esa cantidad, porque ella no ha sido demandada como costas del juicio, sino como expensas adeudadas en el desempeño del cargo de albacea y no es, por tanto, aplicable el referido artículo.—Mismo fallo.

ALIMENTOS

1. *Cónyuges.—Divorcio.— Hijos. Patria potestad. — Potestad marital.—Sociedad conyugal.* —Es deber de los cónyuges el ayudarse y socorrerse mútuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido debe suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades, no sólo en la situación anormal de la sociedad conyugal, sino también en el estado normal del matrimonio.—Cas. 19 abril 1907. . . . . I 186

2. Si el marido, en el estado normal del matrimonio, se niega á dar á la mujer lo necesario según sus facultades, para su manutención y la de los hijos que viven á su lado, puede la mujer exigir judicialmente el cumplimiento de esta obligación.—Mismo fallo.

3. El divorcio no es el medio legal de que deba forzosamente hacer uso la mujer para obligar á su marido á que la alimente; puede ella exigir judicialmente por acción ordinaria el cumplimiento de esta obligación alimenticia. — Mismo fallo.

4. Si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley le confiere no lo autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio, restableciendo el régimen correcto y legal y ordenando al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por la ley tienen derecho. —Mismo fallo.

5. *Hermano legítimo.*—El hermano legítimo debe alimentos á su hermana, aunque ésta tenga marido vivo, si la ocupación del marido no le proporciona lo necesario para sustentar la vida y si ambos cónyuges son enfermos y están imposibilitados para ganar más y no existe otra persona obligada de preferencia que se encuentre en aptitud de completar los alimentos necesarios. — Cas. 20 septiembre 1907. . . . . I 465

6. La ley no exige que el que reúna varios títulos para pedir alimentos deba deducir especialmente acción judicial en contra de quien tenga título preferente, para alegar ó establecer la insuficiencia de ese título, bastando por consiguiente al respecto que esta insuficiencia se acredite en el juicio contradictorio que se inicie contra el subsidiariamente obligado.—Mismo fallo.

7. Al decir el artículo 326 del Código Civil, que fija el orden en que deben hacerse valer los diferentes títulos alimenticios por el que reúne varios de ellos, que el de los hermanos legítimos «no tendrá lugar sino á falta de todos los otros», debe entenderse en el sentido de que un título falta jurídicamente cuando él es insuficiente ó ineficaz, sin que sea necesario que falte real ó materialmente la persona.—Mismo fallo.

8. La regla del inciso último del artículo 326 que establece que sólo en el caso de insuficiencia del título preferente podrá recurrirse á otro, se refiere á todos los incisos de ese mismo artículo.—Mismo fallo.

AMPLIACIÓN

Acción posesoria. — Apelación. Apreciación.--Causales.--Contra-querella.--Cosa juzgada.— Costas.-Desistimiento.-Fiscal. —Municipalidad.-- Omisión.-- Parte agraviada. — Plazo.— Posesión.—Querella.—Sentencia.—Ultra-petita.—Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No procede, por tanto, la ampliación del recurso aunque ésta se haya formulado con los requisitos legales y dentro del plazo especial concedido por la ley para interponerlo.—C. S. 15 octubre 1904. . . . . I 294

ANUNCIO

1. *Citación para sentencia.—Expresión de agravios.—Improcedencia.— Plazo. — Poder.— Procurador de turno.*—Es improcedente el recurso de casación en el fondo anunciado fuera del plazo legal.—Cas. 7 mayo 1907. . . . . I 232

2. *Formalización. — Omisión.— Sentencia.*—Es procedente el recurso de casación formalizado dentro del término que concede la ley para anunciarlo, porque no hay disposición legal que prohiba anunciar y formalizar á la vez el recurso de casacion y por el contrario el artículo 95 número 2.° del Código de Procedimiento Civil sólo exige para la procedencia del recurso el que se interponga en tiempo. —C. A. 7 noviembre 1906. . . . . II 81

APELACIÓN

1. *Deserción.—Reposición.*— La sentencia pronunciada por el Tribunal de Alzada, después de revocada por contrario imperio la resolución por la cual había declarado desierta la apelación, no puede estimarse dada en apelación legalmente declarada desierta y no adolece por consiguiente de este vicio de casación.—Cas. 23 noviembre 1906. . . . . I 228

2. Es facultad privativa del Tribunal de Alzada el reponer la resolución por la cual ha declarado desierta la apelación, en uso de la atribución que le confiere el inciso 2.° del artículo 224 del Código de Procedimiento Civil.—Mismo fallo.

3. *Acción posesoria. —Ampliación.—Apreciación. — Causales. — Contra-querella.— Cosa juzgada. — Costas. — Desistimiento.—Fiscal.—Municipalidad.--Omisión.-Parte agraviada.--Plazo.--Posesión.—Querella.—Sentencia.— Ultra-petita* —Tratándose de una apelación que incide en un recurso de casación, debe el que la pierde ser precisamente condenado al pago de costas, aunque se hayan emitido tres votos á su favor.—C. S. 20 octubre 1904. . I 294

4. *Acción posesoria. — Ampliación.—Apreciación. — Causales.— Contra-querella.— Cosa juzgada.— Costas.—Desistimiento.—Fiscal.—Municipalidad.—Omisión.— Parte agraviada.— Plazo. — Posesión.— Querella.—Sentencia.—Ultrapetita.*—Apelada por una Municipalidad la sentencia dictada en una querella sobre una plaza que se sostenía era un bien nacional de uso público, la representación en segunda instancia corresponde al Fiscal de la Corte, si no se ha encomendado á otras personas, en conformidad al inciso 2.° del artículo 93 de la Ley de Municipalidades.—Si el Fiscal se limita á dar su dictamen opinando por la confirmación del fallo de primera instancia, y la Corte lo revoca, no puede sostenerse que la sentencia de la Corte ha

sido dada en apelación legalmente desistida, si el dictamen fiscal no tiene por objeto el desistimiento, y aunque lo hubiera tenido se hacía en todo caso necesario pronunciar sentencia por haberse hecho parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales.— Cas. 1.° diciembre 1904. . . . . I 294

5. *Certificado.—Deserción.—Tabla.*—Debe declararse desierta la apelación á instancia del apelado si el apelante no comparece á seguir el recurso en el plazo de tres días que le concede la ley. El Tribunal de Alzada debe resolver la deserción, en este caso, con sólo el mérito del certificado del secretario, es decir, sin otro trámite ó formalidad que éste según lo prescribe el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, no debe ponerse en tabla la deserción, ya que esto importa una nueva notificación de que en tal día va á hacerse la causa.—Cas. 3 julio 1907. . . . . I 322

6. *Apreciación. — Competencia. —Días feriados. — Prescripción.*—Concedida la apelación en ámbos efectos y devueltos los autos á primera instancia para la agregación de ciertos documentos, es competente el tribunal inferior para entender en las gestiones que se hicieren para declarar prescrita la apelación, por haber trascurrido más de un año sin que se hiciera gestión alguna para que el recurso se llevara á efecto y quedara en estado de fallarse por el superior.—Cas. 23 agosto 1907. . . . . I 425

7. Es un hecho de la causa, establecido por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades privativas, el de que las partes en un juicio dejaron pasar más de un año sin hacer gestión alguna para que una apelación se llevara á efecto. Esta apreciación, aún en el supuesto de ser equivocada, es un antecedente inamovible para el tribunal de casación.—Mismo fallo.

8. A mayor abundamiento, en el supuesto de no haber trascurrido ese plazo si se descontara los días feriados, como pretende el recurrente, el recurso sería en todo caso improcedente porque sólo se fundó en la infracción de los artículos 214 y 234 del Código de Procedimiento Civil, y no en la del artículo 69 de ese Código que sería el único pertinente.— Mismo fallo

9 *Cuantía.—Pluralidad de partes.*—Es improcedente el recurso de apelación contra la sentencia dictada en un juicio cuyo valor no excede de $ 300.—C. A. 27 octubre 1906. . . . . II 82

0. *Juicio ejecutivo. — Mandamiento de ejecución.*—La resolución por la cual el juez ordena que se despache mandamiento de ejecución es apelable.—C. A. 24 diciembre 1906. . . . . II 159

11. El Tribunal de Alzada puede revocar la ejecución al pronunciarse sobre la apelación deducida por el ejecutado contra la sentencia de pago, aunque éste no haya opuesto excepciones. Mismo fallo.

APERTURA DE TESTAMENTO.—V. *Testamento.*

APRECIACIÓN DE LOS HECHOS por el tribunal de casación.

1. *Compraventa.—Edificio en terreno ajeno. — Novación. — Resolución.* — Es materia de hecho que corresponde apreciar al tribunal sentenciador, establecer si se ha pagado en su totalidad el precio de la cosa vendida, cualesquiera que sean los antecedentes de que lo deduzca, siempre que no se altere la naturaleza jurídica del contrato.—Cas. 30 octubre 1906 . . . . . I 14

2. *Causales. — Improcedencia.— Reclamación.*—Es soberana la apreciación del tribunal sentenciador que establece que el mandatario ha extralimitado sus funciones, y aunque se la suponga errada no puede dar margen al recurso de casación si no altera la naturaleza jurídica del contrato.—Cas. 1.° diciembre 1906. . . . . I 71

3. *Afluente.—Aguas.--Bienes nacionales.-Cosa juzgada.-Prescripción.*—Los hechos establecidos por la sentencia recurrida como resultado de la apreciación de la prueba, deben servir de base para la resolución del recurso de casación en el fondo.—Cas. 4 agosto 1906. . . . I 125

4 *Abordaje.--Capitán.-Naviero. --Perjuicios.— Reclamación.— Ultra-petita.* — El carácter de naviero que el tribunal sentenciador atribuye al demandado, fundándose en antecedentes probatorios que aprecia con facultades soberanas, es un hecho de la causa que debe servir de base inamovible para el pronunciamiento del fallo de casación.—Cas. 11 abril 1907. . . I 167

5 *Causales — Descubridoras. — Litis.--Mensura.--Paralelo 23. —Salitreras.* — La afirmación de la sentencia recurrida de que la sentencia de primera instancia ha reconocido que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos y que éstos han sido aceptados por sentencia ejecutoria, es un hecho de la causa establecido por el tribunal sentenciador, y como tal inamovible.—Cas. 6 abril 1907. . . . I 193

6. Es un hecho de la causa, establecido por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades privativas, y por tanto no susceptible de casación, el de que no se ha probado que las pertenencias de cuya mensura se trata se hayan ubicado al norte del paralelo 23.—Mismo fallo.

7. *Causal.*—La apreciación de los hechos es facultad privativa del Tribunal sentenciador.—Cas. 3 mayo 1907. . . . . I 2[illegible]

8. *Agente de Aduana.—Causales en el fondo —Contrabando. Defraudación. — Derechos de Aduana.— Moneda.— Multa.*— Cuando la Corte Suprema invalida una sentencia por casación en el fondo, debe dictar sobre la cuestión materia del juicio la sentencia que crea conforme á la ley y al mérito de los hechos, tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido.—Si de los hechos establecidos en el fallo recurrido, según la apreciación que de ellos hace el tribunal sentenciador, á quien corresponde la facultad privativa de apreciar su mérito probatorio, se desprenden presunciones graves, precisas y concordantes para atribuir á una persona determinada la defraudación cometida, esta apreciación debe ser aceptada como inamovible por el tribunal de casación.—Cas. 30 noviembre 1906. . . . . I 2[illegible]

9. *Causales.*—Los hechos establecidos por la sentencia recurrida como resultado de la apreciación de la prueba deben servir de base inamovible para la resolución del recurso de casación en el fondo.—La apreciación de la fuerza probatoria de una escritura pública hecha por el tribunal sentenciador para el efecto de establecer el dominio del demandante sobre un inmueble y aceptar la acción reivindicatoria interpuesta, y la apreciación de los demás medios de prueba producidos en el juicio para justificar que la persona que vendió ese inmueble al demandante había sucedido inmediatamente á su causante en el dominio y posesión legal de él, constituyen hechos de la causa que el tribunal sentenciador establece de un modo inamovible en uso de facultades que le son privativas.—Cas. 31 mayo 1907. . . . . I 2[illegible]

10. *Arrendamiento.—Causal.— Procedimiento.—Reclamación. —Retención.*—El establecimiento de los hechos y la apreciación de la prueba corresponde privativamente al tribunal sentenciador.—Si la sentencia recurrida establece que no se ha alegado ni justificado que el arrendador sea acreedor del arrendatario por precio ó indemnizaciones procedentes del contrato, estos hechos son inamo-

vibles.—Cas. 22 de junio 1907. . . . . I 287

. *Acción posesoria.—Ampliación.—Apelación.—Causales.—Contra—querella.—Cosa juzgada.—Costa.—Desistimiento.—Fiscal.—Municipalidad.—Omisión.—Parte agraviada—Plazo.—Posesión.—Querella.—Sentencia.—Ultrapetita.*—La apreciación de la prueba es facultad privativa del tribunal sentenciador y la Corte de Casación debe aceptar como irrevocablemente establecidos para la decisión del recurso, los hechos en que descansa la aplicación del derecho y fija como tales el tribunal sentenciador. —Establecido por los jueces de la causa el hecho de que el querellante no ha poseído tranquila y no interrumpidamente durante un año completo la plaza que es objeto de la querella, se impone el rechazo de ésta, porque no puede instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo.—Cas. 20 diciembre 1906. . . . . I 294

12. *Arrendamiento.—Prórroga.*—Son hechos de la causa, establecidos por el tribunal sentenciador en uso de atribuciones privativas, el haber ocupado un arrendatario la propiedad después de terminado el arriendo y el haber verificado esta ocupación con consentimiento del arrendador.—Cas. 12 julio 1907. . . . . I 324

13. *Compraventa.—Resolución.*—La apreciación de los hechos es facultad privativa del tribunal sentenciador. Establecido por el tribunal sentenciador el hecho de que el comprador de ciertos títulos salitreros no cumplió dentro del plazo fijado en el contrato la obligación de proseguir el juicio de mensura y el hecho de que el vendedor no tuvo conocimiento de la intervención que dicho comprador se atribuye en la prosecución de dicho juicio de mensura, deben servir estos hechos de base inamovible para el fallo del tribunal de casación.—Cas. 19 julio 1907. . . . . I 344

14. *Aguas.—Causal.—Formalización.—Instrumento privado.—Omisión.—Prescripción.—Prueba—Reclamación.—Reivindicación.—Sentencia.*—La apreciación de los hechos es facultad privativa del tribunal sentenciador. Establecidos por el tribunal sentenciador los hechos de que un canal fué construido por el dueño de un predio para su regadío, pasando después al dominio de sus herederos, hijuelatarios de dicho predio; que uno de estos herederos lo ensanchó y aumentó su dotación; que este heredero reconoció el derecho de uno de sus coherederos á su cuota en el canal, gozando este último de su derecho y contribuyendo á los gastos del canal; debe aceptarse la demanda reivindicatoria de este coheredero que ha sido privado de su derecho por el sucesor de aquel que aumentó la dotación del canal, pues se trata de la reivindicación de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular de que el demandante no está en posesión, para que el actual poseedor sea condenado á restituírsela.—Cas. 10 julio 1907. . . . . I 355

15. Establecida por el tribunal sentenciador la posesión regular de más de diez años que el demandante ha tenido sobre el canal de regadío, materia del juicio, debe aceptarse la prescripción adquisitiva de dominio que invoca en la demanda. —Mismo fallo.

16. Establecido por los jueces de la causa el hecho de que el demandado no tiene justo título para amparar el dominio que pretende como poseedor regular de un canal de regadío, ni ha poseído durante treinta años, no infringe disposición legal alguna la sentencia que rechaza las prescripciones ordinaria y extraordinaria que invoca el demandado.—Mismo fallo.

17. *Testamento.—Nulidad.*—La apreciación de la prueba es facultad privativa del tribunal sentenciador. Por consiguiente, la estimación hecha en la sentencia de que los testigos del demandante no estaban contestes en sus dichos y de que sus declaraciones eran en parte contradictorias, aun suponiéndola errónea es inamovible para el tribunal de casación.—Cas. 21 diciembre 1906. . . . I 371

18. *Compraventa.—Interpretación.—Ley del contrato.—Moneda.—Precio.*—Reducida la litis á determinar la interpretación que debe darse á la estipulación de un contrato, relativa á la forma del pago del precio de ciertas mercaderías, la interpretación dada á esa cláusula por el tribunal sentenciador es una apreciación de hecho, que escapa á la censura del tribunal de casación.—Cas. 17 agosto 1907. . . . . I 405

19. *Apelación.—Competencia.—Días feriados.—Prescripción.*—Es un hecho de la causa, establecido por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades privativas, el de que las partes en un juicio dejaron pasar más de un año sin hacer gestión alguna para que una apelación se llevara á efecto. Esta apreciación, aún en el supuesto de ser equivocada, es un antecedente inamovible para el tribunal de casación.—Cas. 23 agosto 1907. . . . . I 425

20. *Falsedad.—Instrumento público.—Prueba.—Testamento.*—Es un hecho de la causa, establecido por el tribunal sentenciador, mediante la apreciación de la prueba, y como tal, inamovible, el de que una persona no otorgó el testamento que se le atribuye.—Cas. 2 agosto 1907 . . . . . I 430

APROBACIÓN JUDICIAL

Divorcio.—Estado civil.—Nulidad.—Separación de bienes.—Transacción.—Una transacción por la cual uno ú otro cónyuge ó ambos juntos renuncian á su estado civil de marido ó mujer, es contraria á la ley, y en consecuencia nula de nulidad absoluta. Semejante transacción no adquiere valor por la aprobación judicial, pues esta no puede dar valor á un acto nulo en su origen.—C. A. 27 noviembre 1906. . . . . II 103

ÁRBITROS

1. *Casación en la forma.—Comunidad.—Juicio ordinario.*—Resultando acreditado en los autos que lo cedido por un comunero á otra persona fueron sus derechos hereditarios y no los bienes raíces que eran materia de la comunidad, debe entenderse ésta subsistente; y en consecuencia no procede la oposición al nombramiento de árbitro para liquidarla.—C. A. —Cas. 9 noviembre 1906. . . I 37

2. Para proceder al nombramiento de partidor que liquide una comunidad se requiere como requisito indispensable la conformidad, voluntaria ú obligada, de los presuntos comuneros en la existencia de la comunidad, debiendo resolverse préviamente y con los trámites del juicio civil ordinario, la cuestión suscitada por uno de los pretendidos comuneros que alega su dominio exclusivo sobre los bienes.—Cas. 9 noviembre 1906. I 37

3. *Admisibilidad.—Casación de oficio.—Juicio ordinario.—Sentencia definitiva.*—La cuestión promovida con motivo de la oposición al nombramiento de los árbitros á que se refiere el contrato para que resuelvan las dificultades producidas, es una cuestión de lato conocimiento que debe tramitarse en la forma ordinaria y con audiencia de todas las personas que son partes directas.—Cas. 10 noviembre 1906 . . . . I 41

4. *Comunidad.—Juicio ordinario.*—Es materia de un juicio de lato conocimiento la oposición al nombramiento de árbitros que dividan una comunidad, fundada en el derecho exclusivo que se alega sobre el bien que es materia de ella.—

de pronunciarse sobre el mérito legal de las causales en que dicho recurso se funda, pues este pronunciamiento sólo corresponde al tribunal que debe conocer del recurso.—C. S.—28 noviembre 1905 . . . . . I 225

9. *Apreciación.* — Es inadmisible una causal de casación que no tiene relación alguna con las cuestiones debatidas en el juicio y resultas por la sentencia recurrida. — Cas. 3 mayo 1907 . . . . . I 238

10. *Descubrimiento.* — *Estacamento.—Mensura.* — *Posesión efectiva.* — *Salitreras.* — La cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y que por primera vez se han suscitado ante el Tribunal de Alzada, no pueden dar fundamento á causales de casación. — Cas. 14 mayo 1907 . . . . . I 249

11. Las cuestiones no discutidas en la litis y que, por lo mismo, no han sido materia del fallo, no pueden ser tomadas en consideración en el recurso de casación. Por consiguiente, no existiendo en la sentencia recurrida pronunciamiento alguno sobre las excepciones ó alegaciones en que se funda el recurso, no ha podido esta sentencia infringir las disposiciones legales que se suponen violadas.—Cas. 31 mayo 1907. . . . . I 271

12. *Apreciación.* — Las cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y que por primera vez se invocan al formalizar el recurso de casación, no pueden dar fundamento á causales de casación.—Cas. 31 mayo 1907 . . . . . I 279

13. *Procedimiento.*— El haberse seguido en primera instancia en un juicio el procedimiento sumario y no el ordinario, podría dar motivo á un recurso de casación en la forma, pero no autoriza un recurso de casación en el fondo si la tramitación de que se reclama no ha influído de ningún modo en lo dispositivo de la sentencia recurrida y fué sancionada y aceptada expresamente por el recurrente.—Cas. 13 junio 1907. . . . . I 285

14. *Apreciación.—Arrendamiento.* — *Procedimiento.* — *Reclamación.—Retención.* No puede invocarse ante el tribunal de casación una infracción de ley fundada en no haberse tramitado un juicio con arreglo al procedimiento ordinario, si el recurrente se sometió á la tramitación dada por el juez de primera instancia sin reclamar ni hacer observación alguna. — Cas. 22 junio 1907. . . . . I 287

15. *Consentimiento.* — *Nulidad.—Prórroga.*—Las cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y respecto de las cuales, por consiguiente, no ha recaído resolución alguna en el fallo reclamado, no pueden dar fundamento á causales de casación. — Cas 15 diciembre 1906. . . . . I 290

16. *Acción posesoria.* — *Ampliación.*— *Apelación.* — *Apreciación.—Contra-querella.—Cosa juzgada.* — *Costas.* — *Desistimiento.—Fiscal.* — *Municipalidad.—Omisión.—Parte agraviada.—Plazo* — *Posesión.* — *Querella.—Sentencia*— *Ultrapetita.*—Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No procede, por tanto, la ampliación del recurso aunque ésta se haya formulado con los requisitos legales y dentro del plazo especial concedido por la ley para interponerlo.—C. S. 15 octubre 1904..... I 294

17. *Acción posesoria.—Estado.—Posesión.—Salitreras.*—Si bien las infracciones de los artículos 167, 703, 715, 716 y 717 del Código de Procedimiento Civil, en caso de ser efectivas, podrían servir de base á un recurso de casación en la forma, no dan mérito para fundar un recurso de casación en el fondo.—Cas. 17 diciembre 1906. I 301

18. *Aguas.*— *Apreciación.—Formalización.—Instrumento privado.* — *Omisión.* — *Prescripción.—Prueba.—Reclamación.—Reivindicación.—Sentencia.* —Interpuesto el recurso de casación no puede hacerse en él variación de ningún género, y por consiguiente, es inadmisible la causal fundada en la violación de un artículo que no se alegó al formalizarlo.—Cas. 10 julio 1907..... ..... I 355

19. *Contribución.*— *Excepciones.* — *Instrumento privado.* — *Prueba.* — *Testigos.* — *Título ejecutivo.*—No puede fundarse un recurso de casación en una infracción legal que en caso de existir, no influiría en lo dispositivo de la sentencia.—Cas. 2 agosto 1907..... I 415

20. *Avalúo.—Competencia.—Expropiación.* — *Juicio de hacienda.—Nulidad.* —*Prescripción.*—No puede fundarse un recurso de casación en la infracción de disposiciones legales que no sólo no se han aplicado en el fallo recurrido, sino que ni siquiera se han citado en él. —Cas. 19 agosto 1907..... I 421

21. *Causa.—Error.—Formalización.*—Las cuestiones no discutidas en la litis y que, por lo mismo, no han sido materia del fallo, no pueden ser tomadas en consideración en el recurso de casación. Por consiguiente, no habiéndose opuesto como excepción á la demanda, ni siquiera insinuado en el curso de la causa, el error de hecho en que se funda el recurso, no ha podido la sentencia recurrida infringir el artículo 1453 del Código Civil que se supone violado. — Cas. 29 agosto 1907..... I 452

22. Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No pueden, por consiguiente, considerarse causales de casación no alegadas en la formalización del recurso, sino sólo al fundarlo. — Mismo fallo.

CENSO

1. *Caducidad.*— *Citación.* — *Inscripción.* — *Título ejecutivo.*— La citación del censualista hecha para llevar á efecto la subasta de la propiedad gravada con el censo, no basta para producir la caducidad de éste, porque el censo es perpetuo y de trasmisión forzada y la obligación censuaria sigue siempre al dominio de la finca acensuada. La disposición del artículo 2428 del Código Civil relativa á la caducidad de las hipotecas de la finca rematada con citación previa de los acreedores hipotecarios no es aplicable al censo, ya que la constitución del censo de que trata el título XXVII del libro IV del Código Civil es diferente del contrato de hipoteca contemplado en el título XXXVIII del mismo libro.—Cas. 22 septiembre 1906 I 65

2. La inscripción de la constitución del censo ordenada por la ley, no tiene tampoco el mismo alcance que la inscripción de la hipoteca, puesto que en ésta se inscribe una obligación accesoria encaminada á garantir una obligación principal, sin la cual no podría existir, mientras que en la inscripción del censo se inscribe la constitución del censo mismo, ó sea el acto ó contrato único que subsiste por sí solo y que no puede caducar sino por las causas expresamente determinadas por la ley.—Mismo fallo.

3. *Acción real.—Hipoteca.*—Gravada una propiedad con un censo y constituída hipoteca sobre ella en garantía, si esta propiedad se divide después, puede el censualista cobrar el total de los réditos debidos al dueño de una parte de la finca, porque la acción que ejercita es real é indivisible y puede ser dirigida contra aquel que posee en todo ó parte la cosa acensuada, sin perjuicio de su derecho para repetir contra quien viere convenirle.—C. A. 3 diciembre 1906... .... II 132

CERTIFICADO

1. *Integración.* — *Relator.* — No es nula la sentencia del tribunal de Alzada integrado en conformidad á la ley con el Fiscal del mismo Tribunal, si esta integración se puso en conocimiento de las partes antes de comenzar la vista de la causa.

formalidad que las leyes prescriban para el valor del contrato en consideración á su naturaleza, sino que está establecida por la ley por motivos ó circunstancias de carácter personal, en interés de la misma mujer casada. — C. A. 3 noviembre 1906 . . . . . II. 43

2. *Compra-venta. — Minuta de prueba. — Tercería.* — Si se vende una chacra con todos los muebles existentes en ella, deben entenderse incluídos en la venta el carruaje y caballos del fundo. Si el comprador acredita además que el carruaje estaba destinado permanentemente al servicio del fundo vendido, ese bien se reputa inmueble por su destino, á virtud de lo dispuesto en el artículo 570 del Código Civil, y está por tanto incluído en la venta.—C. A. 20 octubre 1906 II 51

BIENES NACIONALES

Afluente.—Aguas.—Apreciación. Cosa juzgada.— Prescripción. — El derecho que el artículo 834 del Código Civil concede al dueño de una heredad para usar de las aguas de uso público que corren naturalmente por ella, y el derecho que emane de una merced concedida á ese dueño por la autoridad administrativa, se limitan en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido con anterioridad, por prescripción ú otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas.— Cas. 4 agosto 1906 . . . . . I 126

BIENES NO EMBARGABLES

Desasimiento.—Donación.—Fallido.—Quiebra.—Desde la hora en que se pronuncie la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de derecho de la administración de sus bienes; pero conserva el dominio de ellos y la administración de los no embargables. Por consiguiente, es procedente la acción del fallido para que se lo restituya el fundo donado á él y á su mujer con la expresión de no embargable, habiéndose hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente.— C. A.— 21 diciembre 1905 . . . . . II 30

C

CADUCIDAD

Censo.—Citación.— Inscripción. —Título ejecutivo. — La citación del censualista, hecha para llevar á efecto la subasta de la propiedad gravada con el censo, no basta para producir la caducidad de éste, porque el censo es perpetuo y de trasmisión forzada, y la obligación censuaria sigue siempre el dominio de la finca acensuada. La disposición del artículo 2428 del Código Civil relativa á la caducidad de las hipotecas de la finca rematada con citación previa de los acreedores hipotecarios, no es aplicable al censo, ya que la constitución del censo de que trata el título XXVII libro IV del Código Civil es diferente del contrato de hipoteca contemplado en el título XXXVIII del mismo libro.—Cas. 22 septiembre 1906. I 65

CANAL.—V. *Aguas.*

CAPITÁN

1. *Abordaje.—Apreciación.—Naviero.—Perjuicios.—Reclamación.—Ultra-petita.*—Establecida la calidad de naviero del demandado, no infringe los artículos 865 y 878 del Código de Comercio la sentencia que lo declara responsable de los daños causados por un abordaje debido á impericia ó culpa del capitán, ya que en conformidad á esas disposiciones legales responde civilmente el naviero de los hechos del capitán y puede la acción dirigirse en contra de cualquiera de ellos.— Cas. 11 abril 1907 . . . . . I 167

2. Establecida legalmente la responsabilidad de los demandados en su carácter de navieros, y condenados en tal carácter por la sentencia recurrida, no infringe este fallo las reglas del mandato ni la disposición del artículo 468 del Código de Comercio, si agrega la consideración de que ni la calidad de agentes de una compañía extranjera dueña de la nave, que se atribuyen los demandados, ni la de consignatarios habrían bastado tampoco para eximirlos de responsabilidad, pues estas consideraciones carecen de influencia decisiva en el fallo y la responsabilidad juzgada por la sentencia recurrida no se refiere á hechos ejecutados por mandantes ó comitentes extranjeros de que deban responder sus agentes en Chile, sino á actos del capitán de una nave que obligan á su propio naviero, carácter que de hecho asumieron los demandados.— Mismo fallo.

CASACIÓN DE OFICIO

1. *Citación para sentencia.— Delegación.— Expresión de agravios.—Mandato.*—Es nula la sentencia de segunda instancia pronunciada sin que una de las partes haya expresado agravios ni haya sido citada para sentencia, debido á que el procurador obraba sin poder suficiente.—Cas. 27 noviembre 1905 . . . . . I 28

2. *Admisibilidad. — Árbitros. — Juicio ordinario. — Sentencia definitiva.* — Debe anularse la sentencia que resuelve en forma incidental, y sin audiencia de todas las personas que son partes directas, la cuestión promovida con motivo de la oposición al nombramiento de los árbitros á que se refiere el contrato para que resuelvan las dificultades producidas.— Cas. 10 noviembre 1906 . . . . . I 41

3. *Confesión. — Mutuo. — Novación.—Ultra-petita.*—Entablada ejecución para cobrar una cantidad dada en mutuo y opuesta la excepción de nulidad de la obligación por no haberse entregado esa cantidad, es nula la sentencia de segunda instancia que rechaza esta excepción, acogida por la de primera, fundándose, nó en la circunstancia de haber contraído el ejecutado una obligación mutuaria, sino en el hecho de haberse sustituído éste en la deuda de un tercero para con el ejecutante, operándose así una novación, siendo que ni en la escritura de mutuo ni en la demanda se hace alusión á dicha sustitución, por lo cual no puede ser materia de juicio ni se tomó en cuenta en el fallo de primera instancia.— Cas. 2 noviembre 1906 . . . I 44

4. *Abogado.—Suspensión.—Tabla.— Vista.*—Solicitada por un abogado la suspensión de una causa por estar enfermo, con el certificado médico correspondiente, si el tribunal ve y falla la causa, falta al trámite esencial de señalar nuevo día para su vista, y este vicio autoriza para anular de oficio la sentencia.—Cas. 15 diciembre 1906 . I 316

5. *Omisión.—Sentencia.*—Es nula la sentencia que desecha la demanda estimando posesoria la acción deducida, siendo que es en realidad la reivindicatoria ó de dominio.—Este fallo no contiene la decisión del asunto controvertido y debe ser anulado de oficio por el Tribunal de Alzada.—C. A. 17 noviembre 1906 . . . . . II 121

CASACIÓN EN LA FORMA

1. *Compraventa. — Emplazamiento.—Entrega.—Remate.— Resolución.*—Es nula la sentencia pronunciada con omisión del emplazamiento de una de las partes para contestar la demanda, por no haberle sido ésta notificada personalmente ni haber comparecido por sí en la secuela del juicio.—Cas. 5 noviembre 1906. . . . . I 24

2. *Árbitros.—Comunidad.—Juicio ordinario*—Para proceder al nombramiento de partidor que liquide una comunidad se requiere como requisito indispensable la conformidad, voluntaria ú obligada, de los pre-

COADYUVANTE

Nombre.— Omisión. - Sentencia. —Tabla.—No puede pedir la nulidad de una sentencia fundado en que ella no hace mención de su nombre, ni figuró tampoco su nombre en la tabla al anunciarse la causa, la persona que no es parte en el juicio sólo ha intervenido en él como tercero coadyuvante.—Cas. 31 octubre 1906 . . . . . I 370

COMISIÓN AVALUADORA. — V. *Avalúo.*

COMPARECENCIA

Fallecimiento.—Notario. — Testamento. — Testigos. — Para proceder á la apertura de un testamento cerrado no es requisito indispensable la comparecencia personal del escribano y testigos instrumentales. Las reglas dictadas por la ley para el caso de ausencia del escribano y testigos comprenden á todos los que no comparezcan ó no puedan comparecer al acto de apertura, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc.—C. A. 16 septiembre 1905 . . . . . II 17

COMPETENCIA

1. *Excepción perentoria.— Pensiones militares.*—La excepción de falta de jurisdicción de la justicia ordinaria opuesta por el Fisco en una demanda sobre cobro de pensiones militares, por tratarse en ésta de obtener la modificación de una resolución dictada por otra autoridad pública en ejercicio de sus atribuciones, no es una excepción dilatoria de incompetencia ó simple declinatoria de jurisdicción, sino una excepción perentoria que debe ser resuelta en la sentencia definitiva. — Cas. 6 noviembre 1906 . . . . . I 58
2. Es competente la justicia ordinaria para conocer de la demanda sobre pago de las recompensas militares concedidas por las leyes de 21 de diciembre de 1888 y de 7 de febrero de 1895 á los que hicieron la campaña del Perú de 1838 y 1839.—Mismo fallo.
3. *Casación en la forma.—Costas.— Ultra-petita.* — Procede sin competencia y falla ultrapetita el Tribunal de Alzada que condena á una de las partes en las costas causadas en primera instancia, revocando en este punto el fallo apelado, sin que el apelante haya formulado á este respecto petición alguna en la expresión de agravios. — Cas. 13 marzo 1907 . . . . . I 79
4. *Agregación de documentos.— Casación en la forma. — Causales.—Instrumento público.— Prueba.— Testigos.*—El tribunal sentenciador, al resolver acerca de la procedencia de un recurso de casación, no puede pronunciarse sobre el mérito legal de las causales en que dicho recurso se funda, pues este pronunciamiento sólo corresponde al tribunal que debe conocer del recurso. — C. S. 28 noviembre 1905 . . . . . I 225
5. *Pensiones militares.— Retiro.* —Declarado el retiro de un militar por el Presidente de la República, en uso de sus facultades privativas, son competentes los tribunales de justicia para determinar el día desde el cual debe pagarse la pensión correspondiente.—Cas. 26 octubre 1906 . . . . . I 273
6. *Pensiones militares.*—Si bien el número 11 del artículo 73 de la Constitución Política establece que es atribución exclusiva del Presidente de la República el conceder pensiones de jubilación, retiros, licencias y goces de montepíos con arreglo á las leyes, es competente la justicia ordinaria para conocer de una demanda por pensiones concedidas por la ley especial de 1881, pues esta recompensa no ha sido materia de las disposiciones, ni está sujeta á las prescripciones de la Ordenanza del Ejército.—Cas. 15 julio 1907 . . . . . I 331
7. Aun cuando corresponde exclusivamente al Presidente de la República conceder jubilaciones, retiros, licencias y montepíos con arreglo á las leyes, concedido ó declarado el derecho al retiro, el conocimiento de las cuestiones que puedan producirse respecto al momento desde el cual deben gozarse ó el valor de las pensiones con que debe ser acudido el retirado, corresponde al poder judicial, ya que se trata de un mero juicio entre el solicitante y el Fisco.—C. A.—Mismo fallo.
8. *Improcedencia. — Pensiones militares.—Sentencia interlocutoria.*—Provocada en primera instancia la cuestión de incompetencia del juez para conocer del asunto materia de la demanda y aceptada esta incompetencia, la sentencia de la Corte de Apelaciones que revoca la de primera instancia y establece la competencia del tribunal, se pronuncia precisamente sobre la cuestión que estaba llamada á resolver y no falla con manifiesta incompetencia.—Cas. 22 julio 1907. . . I 334
9. Es competente la justicia ordinaria para conocer de una demanda de pago de pensiones militares por invalidez.—C. A. Mismo fallo.
10. *Avalúo.— Causal. — Expropiación.—Juicio de hacienda. —Nulidad.— Prescripción.* — Es nula por haber sido dictada por tribunal incompetente la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en 26 de diciembre de 1902, en causa en que el Fisco tenía un interés directo y positivo, porque según lo dispuesto por la ley de 19 de enero de 1889, artículo 15, la Corte Suprema debía continuar conociendo de las causas de hacienda, jurisdicción que mantenía en esa fecha.—C. S. 22 agosto 1903 . . . . . I 421
11. *Apelación.— Apreciación, — Días feriados.—Prescripción.* —Concedida la apelación en ambos efectos y devueltos los autos á primera instancia para la agregación de ciertos documentos, es competente el tribunal inferior para entender en las gestiones que se hicieren para declarar prescrita la apelación, por haber trascurrido más de un año sin que se hiciera gestión alguna para que el recurso se llevara á efecto y quedara en estado de fallarse por el superior.—Cas. 23 agosto 1907 . . . . . I 425
12. *Descubridor. —Fisco. —Juicio de hacienda. — Manifestación. — Mina.* — Fuera de las minas cuya explotación se reserva el Estado, no tiene el Fisco interés especial en ninguna, ni siquiera por la falta de pago de la patente, porque ésta omisión sólo trae como resultado la pérdida de la mina en favor de otro particular que la solicite, y si nadie la solicita, la patente se pierde para el Estado. En consecuencia, tratándose en el juicio de la manifestación de una mina de fierro, no puede estimarse ese juicio como causa de hacienda, y no procede, por tanto, la aplicación del artículo 5.º de la ley de 28 de agosto de 1902, que establece que el conocimiento de esas causas corresponde á la Corte de Apelaciones de Santiago.—C. A. 17 octubre 1906 . . . . . II 70
13. *Aguas. - Municipalidad.* — Segun lo dispuesto en el artículo 24 de la ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, corresponde á estas corporaciones reglamentar el servicio y uso de las aguas corrientes de las ciudades é igualmente la construcción, nivelación y limpia de las acequias y cloacas por donde ellas corren; y es improcedente la demanda presentada á la justicia ordinaria con algunos de los fines anteriormente indicados.— C. A. 22 octubre 1906. . . . . II 77
14. *Acción mueble. — Domicilio.* —Es competente para conocer de una demanda por cobro de servicios médicos el juez del lugar en que el deudor tuvo su

ción de petición de herencia sin haber establecido el hecho de que el demandado ocupe en calidad de heredero la herencia que se reclama, fundándose en que era comunero á título de sociedad conyugal en una masa de bienes en que debían considerarse existentes los de dicha herencia, y aplicando así la disposición del artículo 1264 del Código Civil á un caso que está fuera del único determinado por ella.—Cas. 1.° setiembre 1906 . . . . . I 19

4. *Condonación.—Confusión.—Legado.* — Debe anularse la sentencia que declara que se ha producido de derecho una confusión que ha extinguido la obligación, cuando los deudores á quienes el testador ha condonado la deuda en su testamento, han sido también instituídos en éste como herederos.—Cas. 4 agosto 1906. . . . . I 89

5. *Demarcación. — Dominio. — Ocupación bélica. — Posesión. —Salitreras.*—No tienen dominio verdadero ó aparente de los terrenos salitrales de Tarapacá los denunciantes que no tenían la posesión real de sus estacamentos ú oficinas á la época de la ocupación de esa provincia por las armas de la República, y la sentencia que les reconoce dominio infringe los artículos 2 y 8 del tratado de Paz con el Perú, promulgado como ley nacional el 20 de mayo de 1884, en el cual se consideró el decreto de 28 de marzo de 1882 que había reglamentado la propiedad salitrera privada de Tarapacá sobre la base del régimen legal antes establecido, «no reconociendo otros títulos y derechos á este respecto que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que las que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una esplotación actual y efectiva. — Cas. 30 noviembre 1906 . . . . . I 103

6. *Causal—Cuentas.—Curador. —Entrega. — Formalización. —Parte agraviada. — Prescripción.*— El ex-pupilo puede exigir por acción ordinaria la entrega de sus bienes existentes en especies ó cantidades determinadas en poder del curador, sin que obste á esta acción la circunstancia de no haberse rendido y aprobado la cuenta que el guardador ha debido presentar al terminar la curatela. Infringe, por consiguiente, la disposición del artículo 417 del Código Civil, la sentencia que desecha la demanda del ex-pupilo contra el curador para obtener la restitución de una cantidad determinada que le pertenece, fundada en que el juicio de cuentas es el único caso en que procedería el ejercicio de los derechos del pupilo.—Cas. 20 noviembre 1906. . . . . I 161

7. *Agente de Aduana.—Apreciación.— Contrabando. — Defraudación. — Derechos de Aduana.— Moneda.— Multa.* —Debe anularse la sentencia que, al fijar la pena que debe imponerse por una defraudación de derechos de Aduana, ordena pagar en pesos de cuarenta y ocho peniques el veinticinco por ciento de los derechos de internación que correspondía pagar en oro, dando así á la libra esterlina el valor de cinco pesos, é infringiendo lo dispuesto en los artículos 9 de la ley de 26 de noviembre de 1892 y 5.° y 8.° de la de 31 de mayo de 1893, que disponen que el 25 por ciento de los derechos de internación deben pagarse en libras esterlinas á razón de seis pesos treinta y un centavos por cada libra, ó en moneda chilena de oro de valor equivalente. —Cas. 30 noviembre 1906. . . I 260

8. *Aguas.—Juez de aguas.*—El juez de aguas sólo tiene derecho á la remuneración que establece la Ordenanza de 1872 mientras el río ó estero está sometido á turno. — Suspendido el turno, las funciones del juez son pasivas, cesan sus servicios y trabajos, y es justo que cese también para los canalistas la obligación de remunerarlos. En consecuencia, es nula la sentencia que acepta el cobro de remuneración hecho por un juez de aguas á un canalista por un período durante el cual estuvo suspendido el turno de un río.—Cas. 12 diciembre 1906. . . . . I 310

CAUCE.—V. *Aguas.— Servidumbre.*

CAUSA

Causales.—Error.— Formalización.—No infringe el artículo 1467 del Código Civil, por acoger una obligación sin causa, la sentencia que indica expresamente la causa de la obligación, que fué la adquisición de la cosa cuyo valor se reclama en el juicio. — Cas. 29 agosto 1907. . . . . I 452

CAUSALES DE CASACIÓN.—V. *Improcedencia.*

1. *Casación en el fondo.—Entrega.—Formalización. — Prenda.*—No cumple con la exigencia de la ley la cita general de un título del Código Civil; debe citarse determinadamente el artículo 6 1 e y infringida.— Cas. 5 julio 1906 . . . . . I 1

2. No puede invocarse al fundar el recurso vicios que no se indicaron al formalizarlo.—Mismo fallo.

3. *Apreciación.—Improcedencia. —Reclamación.*— No pueden dar fundamento á causales de casación las cuestiones que no han sido discutidas en el curso del juicio, y que por este motivo no han podido ser tomadas en cuenta en el fallo recurrido. —Cas. 1.° diciembre 1906. . . I 71

4. *Citación.—Consulta.*—No puede fundarse un recurso de casación en el fondo en la infracción de disposiciones legales que se refieren á una cuestión que no fué materia del litigio en primera instancia y sobre la cual no se pronunciaron por consiguiente la sentencia del juez ni la sentencia recurrida. —Cas. 30 diciembre 1906. . . I 99

5. *Dominio.—Inscripción.—Legado.—Modos de adquirir.— Sucesión.— Tradición. —Tercería.*—La alegación hecha en estrados por el abogado de la parte recurrente, que se refiere á una cuestión no discutida en el juicio y sobre la cual no recayó resolución alguna en las sentencias dictadas por los jueces de la causa, no puede ser tomada en consideración al pronunciarse la sentencia de casación. — Cas. 3 noviembre 1906 . . . . . I 147

6. *Casación en el fondo.— Cuentas.—Curador. — Entrega. — Formalización.—Parte agraviada. — Prescripción.* — Es improcedente la causal de casación que se invoca después de formalizado el recurso.—Cas. 20 noviembre 1906 . . . . . I 161

7. *Apreciación. —Deslindoras. —Litis.—Mensura.— Paralelo 23.—Salitreras.*—El recurso de casación en el fondo debe limitarse al fallo de las infracciones de la ley que se imputan á las resoluciones de primera y segunda instancias, y no puede extenderse á otros puntos que no han sido materia de la litis. Por consiguiente, si la sentencia recurrida se limitó á confirmar las resoluciones de primera instancia que habían fallado únicamente las cuestiones sobre ubicación de ciertas pertenencias salitreras y distancias que se habían guardado entre las mismas, la sentencia en el recurso de casación en el fondo debe limitarse á las infracciones de ley que se imputan á estas resoluciones y no puede extenderse á otros puntos, como el referente al número de pertenencias, que no han sido materia de la litis.—Cas. 6 abril 1907 . . . . . I 193

8. *Agregación de documentos.— Casación en la forma.—Competencia.—Instrumento público.—Prueba. — Testigos.* — El tribunal sentenciador al resolver acerca de la procedencia de un recurso de casación, no pue-

de pronunciarse sobre el mérito legal de las causales en que dicho recurso se funda, pues este pronunciamiento sólo corresponde al tribunal que debe conocer del recurso.—C. S.—28 noviembre 1905 . . . . . I 225

9. *Apreciación.* — Es inadmisible una causal de casación que no tiene relación alguna con las cuestiones debatidas en el juicio y resultas por la sentencia recurrida. — Cas. 3 mayo 1907 . . . . . I 238

10. *Desalbrimiento.* — *Estacamento.—Mensura.* — *Posesión efectiva.* — *Salitreras.* — La cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y que por primera vez se han suscitado ante el Tribunal de Alzada, no pueden dar fundamento á causales de casación. — Cas. 14 mayo 1907 . . . . . I 249

11. Las cuestiones no discutidas en la litis y que, por lo mismo, no han sido materia del fallo, no pueden ser tomadas en consideración en el recurso de casación. Por consiguiente, no existiendo en la sentencia recurrida pronunciamiento alguno sobre las excepciones ó alegaciones en que se funda el recurso, no ha podido esta sentencia infringir las disposiciones legales que se suponen violadas.—Cas. 31 mayo 1907. . . . . I 271

12. *Apreciación.* — Las cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y que por primera vez se invocan al formalizar el recurso de casación, no pueden dar fundamento á causales de casación.—Cas. 31 mayo 1907 . . . . . I 279

13. *Procedimiento.*— El haberse seguido en primera instancia en un juicio el procedimiento sumario y no el ordinario, podría dar motivo á un recurso de casación en la forma, pero no autoriza un recurso de casación en el fondo si la tramitación de que se reclama no ha influído de ningún modo en lo dispositivo de la sentencia recurrida y fué sancionada y aceptada expresamente por el recurrente.—Cas. 13 junio 1907. . . . . I 285

14. *Apreciación.—Arrendamiento.* - *Procedimiento.* — *Reclamación.*- *Retención.* No puede invocarse ante el tribunal de casación una infracción de ley fundada en no haberse tramitado un juicio con arreglo al procedimiento ordinario, si el recurrente se sometió á la tramitación dada por el juez de primera instancia sin reclamar ni hacer observación alguna. — Cas. 22 junio 1907. . . . . I 287

15. *Consentimiento.*- -*Nulidad.*— *Prórroga.*—Las cuestiones que no han sido materia de discusión en el juicio y respecto de las cuales, por consiguiente, no ha recaído resolución alguna en el fallo reclamado, no pueden dar fundamento á causales de casación. — Cas 15 diciembre 1906. . . . . I 290

16. *Acción posesoria.* — *Ampliación.*— *Apelación.* — *Apreciación.—Contra-querella.*— *Cosa juzgada.* — *Costas.* — *Desistimiento.—Fiscal.* — *Municipalidad.—Omisión.—Parte agraviada.—Plazo* — *Posesión.* — *Querella.—Sentencia*— *Ultrapetita.*—Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No procede, por tanto, la ampliación del recurso aunque ésta se haya formulado con los requisitos legales y dentro del plazo especial concedido por la ley para interponerlo.—C. S. 15 octubre 1904..... I 294

17. *Acción posesoria.—Estado.*— *Posesión.—Salitreras.*—Si bien las infracciones de los artículos 167, 703, 715, 716 y 717 del Código de Procedimiento Civil, en caso de ser efectivas, podrían servir de base á un recurso de casación en la forma, no dan mérito para fundar un recurso de casación en el fondo.—Cas. 17 diciembre 1906. I 301

18. *Aguas.*— *Apreciación.—Formalización.—Instrumento privado.* — *Omisión.* — *Prescripción.—Prueba.—Reclamación.* —*Reivindicación.—Sentencia.* —Interpuesto el recurso de casación no puede hacerse en él variación de ningún género, y por consiguiente, es inadmisible la causal fundada en la violación de un artículo que no se alegó al formalizarlo.—Cas. 10 julio 1907..... ..... I 355

19. *Contribución.*— *Excepciones.* — *Instrumento privado.* — *Prueba.* — *Testigos.* — *Título ejecutivo.*—No puede fundarse un recurso de casación en una infracción legal que en caso de existir, no influiría en lo dispositivo de la sentencia.—Cas. 2 agosto 1907..... I 415

20. *Avalúo.—Competencia.—Expropiación.* — *Juicio de hacienda.—Nulidad.* —*Prescripción.*—No puede fundarse un recurso de casación en la infracción de disposiciones legales que no sólo no se han aplicado en el fallo recurrido, sino que ni siquiera se han citado en él. —Cas. 19 agosto 1907..... I 421

21. *Causa.—Error.—Formalización.*—Las cuestiones no discutidas en la litis y que, por lo mismo, no han sido materia del fallo, no pueden ser tomadas en consideración en el recurso de casación. Por consiguiente, no habiéndose opuesto como excepción á la demanda, ni siquiera insinuado en el curso de la causa, el error de hecho en que se funda el recurso, no ha podido la sentencia recurrida infringir el artículo 1453 del Código Civil que se supone violado. — Cas. 29 agosto 1907..... I 452

22. Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No pueden, por consiguiente, considerarse causales de casación no alegadas en la formalización del recurso, sino sólo al fundarlo. — Mismo fallo.

CENSO

1. *Caducidad.*— *Citación.* — *Inscripción.* — *Título ejecutivo.*— La citación del censualista hecha para llevar á efecto la subasta de la propiedad gravada con el censo, no basta para producir la caducidad de éste, porque el censo es perpetuo y de trasmisión forzada y la obligación censuaria sigue siempre al dominio de la finca acensuada. La disposición del artículo 2428 del Código Civil relativa á la caducidad de las hipotecas de la finca rematada con citación previa de los acreedores hipotecarios no es aplicable al censo, ya que la constitución del censo de que trata el título XXVII del libro IV del Código Civil es diferente del contrato de hipoteca contemplado en el título XXXVIII del mismo libro.—Cas. 22 septiembre 1906 I 63

2. La inscripción de la constitución del censo ordenada por la ley, no tiene tampoco el mismo alcance que la inscripción de la hipoteca, puesto que en ésta se inscribe una obligación accesoria encaminada a garantir una obligación principal, sin la cual no podría existir, mientras que en la inscripción del censo se inscribe la constitución del censo mismo, ó sea el acto ó contrato único que subsiste por sí solo y que no puede caducar sino por las causas expresamente determinadas por la ley.—Mismo fallo.

3. *Acción real.—Hipoteca.*—Gravada una propiedad con un censo y constituída hipoteca sobre ella en garantía, si esta propiedad se divide después, puede el censualista cobrar el total de los réditos debidos al dueño de una parte de la finca, porque la acción que ejercita es real é indivisible y puede ser dirigida contra aquel que posee en todo ó parte la cosa acensuada, sin perjuicio de su derecho para repetir contra quien viere convenirle.—C. A. 3 diciembre 1906... .... II 132

CERTIFICADO

1. *Integración.* — *Relator.* — No es nula la sentencia del tribunal de Alzada integrado en conformidad á la ley con el Fiscal del mismo Tribunal, si esta integración se puso en conocimiento de las partes antes de comenzar la vista de la causa.

Queda establecido este hecho con el certificado del relator de la causa que expone que puso en conocimiento de las partes dicha integración, no habiéndose rendido prueba para acreditar la inexactitud de este certificado.—Cas. 8 mayo 1907... I 242

2. *Apelación.—Deserción.— Tabla.*—Debe declararse desierta la apelación á instancia del apelado si el apelante no comparece á seguir el recurso en el plazo de tres días que le concede la ley. El Tribunal de Alzada debe resolver la apelación en este caso con sólo el mérito del certificado del secretario, es decir, sin otro trámite ó formalidad que éste, según lo prescribe el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, no debe ponerse en tabla la deserción, ya que esto importa una nueva notificación de que en tal día va á hacerse la causa.—Cas. 3 julio 1907..... I 322

CESACIÓN DE PAGOS

1. *Convenio.—Esperas.—Quiebra.—Remisión.*—Un comerciante que no ha sido declarado en quiebra puede celebrar con sus acreedores convenciones en que se le concedan rebaja de crédito y plazo para el pago. El Código de Comercio las autoriza al decir en el artículo 1326 que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimemente otorgan esperas al deudor común. —C. A. 28 diciembre 1906. . II 156

2. La ley no exige que estas convenciones se hagan con intervención de la justicia, ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes y no son aplicables á ellas las formalidades prescritas para el "convenio" que es una situación legal diversa.—Mismo fallo.

CESIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS.

Casación en el fondo.—Nulidad. —Petición de herencia.—Prescripción.—Rescisión.—La acción para pedir la rescisión de una compraventa de derechos hereditarios prescribe en el plazo de cuatro años.—Cas. 1.° septiembre 1906 . . . . . I 19

CESIÓN DE CRÉDITO

1. *Acreedor hipotecario.—Seguro.*—Existe el interés exigido por la ley para contratar válidamente un seguro de parte del cesionario de un crédito hipotecario, aun cuando no se haya practicado con anterioridad al seguro la inscripción del traspaso del crédito en el respectivo registro.—Cas 6 septiembre 1906. . . . . I 29

2. El asegurador no es parte en las cuestiones que pudieran ocurrir entre el cedente y el cesionario sobre quién es el dueño del derecho real de hipoteca, en caso de producirse por omisión ó retardo de la inscripción correspondiente. — Mismo fallo.

CITACIÓN

1. *Caducidad.—Censo.—Inscripción.—Título ejecutivo.*—La citación del censualista hecha para llevar á efecto la subasta de la propiedad gravada con el censo, no basta para producir la caducidad de éste, porque el censo es perpetuo y de trasmisión forzada y la obligación censuaria sigue siempre al dominio de la finca accensuada. La disposición del artículo 2428 del Código Civil relativa á la caducidad de las hipotecas de la finca rematada con citación previa de los acreedores hipotecarios no es aplicable al censo, ya que la constitución del censo de que trata el título XXVII del libro IV del Código Civil es diferente del contrato de hipoteca contemplado en el título XXXVIII del mismo libro.—Cas. 22 septiembre 1906 . . . . . I 65

2. *Agregación de documentos.—Contradicciones del fallo.—Ultra-petita.*—No puede pedirse la nulidad de un fallo fundándose en que se agregó un documento á los autos en segunda instancia sin citación de la parte contraria, si en el escrito de expresión de agravios con que se acompañó este documento se pidió que se tuviera presente con citación de la parte contraria, y ésta fué notificada de la providencia recaída en ese escrito, y si, á mayor abundamiento, esta misma parte, en su respuesta á la expresión de agravios, formuló diversas observaciones relacionadas con el mencionado documento, pues en realidad se llenaron ampliamente los fines con que la ley prescribe la citación de las partes, sin que pueda aseverarse que el tribunal consideró en el fallo recurrido un antecedente del cual no tuvieron las partes pleno y oportuno conocimiento. —Cas. 17 abril 1907 . . . . I 182

3. No es causal bastante de casación la agregación á los autos, sin citación de la parte contra quien se presenta, de un documento dejado en la vista de la causa por el abogado de la parte contraria, si esta agregación no se ha hecho por orden del tribunal librada á solicitud de parte, y si el fallo recurrido no se funda en ese documento ni hace referencia á él. — Mismo fallo.

CITACIÓN PARA SENTENCIA

1. *Casación de oficio.—Delegación.—Expresión de agravios. —Mandato.*—Es nula la sentencia de segunda instancia pronunciada sin que una de las partes haya expresado agravios ni haya sido citada para sentencia, debido á que el procurador obraba sin poder suficiente. —Cas. 27 noviembre 1905 . . I 28

2. *Causales.—Consulta.*—Elevados en consulta los autos al Tribunal de Alzada por no haber apelado de la sentencia de primera instancia la parte agraviada, el único trámite procedente es el de traer los autos en relación, citándose á las partes con el objeto indicado en el artículo 924 del Código de Procedimiento Civil. El hecho de haber proveído el Tribunal de Alzada "traslado y enmiéndese la suma" en una presentación de una de las partes, no importa la suspensión del decreto de "autos en relación", pues éste proveído no puede suspenderse sino para llenar un trámite necesario y sustancial para el pronunciamiento de la sentencia y de un modo expreso.— Cas. 30 diciembre 1906 . . . I 99

3. *Anuncio.—Expresión de agravios.—Improcedencia.—Plazo. —Poder.—Procurador de turno.*—Constituído legalmente el mandato para segunda instancia, el mandatario tiene facultad bastante para representar á su mandante en todas las segundas instancias de la causa con arreglo á los artículos 8 y 11 del Código de Procedimiento Civil, y su representación no caduca sino por la revocación de de su mandato ó por otras causas legales.—Por consiguiente, hecha la expresión de agravios y notificada la citación para sentencia á un procurador que entró como procurador de turno á representar á la parte que gozaba de privilegio de pobreza, y la representó en diversas apelaciones con su aquiescencia, la sentencia que se dicte no adolece de nulidad por la circunstancia de haber representado á la misma parte, en la primera apelación de la causa, otro procurador que en aquella fecha se hallaba de turno.—Cas. 18 julio 1906 . . . . . I 232

4. *Casación en la forma.—Notificación.*—La citación para sentencia notificada por el estado á una de las partes que había fijado domicilio en forma legal, es nula, y nula la sentencia dictada con omisión de ese trámite.—C. A. 20 noviembre 1906 . . . . . II 123

considerado como sentencia de término y porque, á mayor abundamiento, en este caso no tiene tal carácter por haberse hecho parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales y no haber manifestado opinión en el sentido que lo hizo el Fiscal.—Cas. 1.° diciembre 1904. . . I 249

5. *Cuentas.—Curador.—Fiador.—Heredero.—Juicio ejecutivo.—Notificación.—Sentencia definitiva. — Título ejecutivo.*—Las resoluciones judiciales no producen cosa juzgada sino respecto de las personas que han litigado, salvo las excepciones legales. — Cas. 15 diciembre 1906 . . . . . I 305

6. *Juicio ejecutivo.—Juicio ordinario. Letra de cambio. Reserva de derechos.* La sentencia recaída en juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado, salvo que antes de dictarse, el actor ó el reo pidiere reserva de sus acciones ó excepciones para deducirlas en el ordinario, y el tribunal así lo declare, existiendo motivos calificados, lo que siempre se concede respecto de acciones y excepciones no referentes á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución. La demanda ordinaria debe interponerse dentro de quince días, bajo pena de no ser admitida después. En consecuencia, desechada por sentencia la acción ejecutiva para el cobro de una letra de cambio, por ser ineficaz el protesto y por no estar reconocida en forma legal la aceptación del librado al tiempo de despacharse el mandamiento de embargo, siendo dicha aceptación condición esencial para el pago de la letra, si el ejecutante no pide antes de la sentencia que se le reserve su acción para el juicio ordinario, ni interpone demanda ordinaria dentro de quince días de dictada la sentencia, la demanda ordinaria que después deduzca debe ser rechazada por inadmisible.—Cas. 25 julio 1907. . . . . I 336

7. *Hipoteca.—Juicio ejecutivo.—Nulidad.—Precio.—Remate.—Salitreras.— Tasación.*—Aunque el tercer poseedor de la finca hipotecada no sea citado para los trámites del juicio ejecutivo entre el acreedor y el deudor personal, en que es embargada y subastada la finca hipotecada de que el tercero se desapodera voluntaria ó forzadamente, le afecta tanto el procedimiento judicial como la sentencia de ese juicio ejecutivo. Con ello no se viola el derecho de propiedad, puesto que el efecto natural del contrato de hipoteca consentido por el dueño, es el de la enajenación judicial de la finca.—Cas. 25 julio 1907 . . . . . I 375

8. La intervención que el dueño de una finca hipotecada ha tenido en el juicio ejecutivo seguido contra la sociedad de que era socio, á la cual había aportado la finca hipotecada por dicha sociedad, aun en el supuesto de no haberse desprendido de ella, importa la aceptación de la hipotecación y del procedimiento ejecutivo. —Mismo fallo.

9. No infringe, por lo tanto, el principio de la cosa juzgada el tribunal que para rechazar la demanda del dueño que solicita la nulidad de la subasta por no haber figurado en su carácter de tal en el juicio, sino como representante del deudor personal, toma en consideración las resoluciones que en dicho juicio dispusieron la subasta y aprobaron la tasación de finca. —Mismo fallo.

10. *Improcedencia. - Reclamación.* - No incurre en el vicio de haber sido dada contra otras pasadas en autoridad de cosa juzgada la sentencia que, lejos de ser contraria á ellas, se conforma á lo resuelto en esos fallos. — Cas. 13 agosto 1907 . . . . . I 460

COSTAS

1. *Casación en la forma.—Competencia.—Ultra-petita.*—Procede sin competencia y falla ultra-petita el Tribunal de Alzada que condena á una de las partes en las costas causadas en primera instancia, revocando en este punto el fallo apelado, sin que el apelante haya formulado á este respecto petición alguna en la expresión de agravios. — Cas. 13 marzo 1907. . . . . I 79

2. *Acción posesoria. — Ampliación.—Apelación. — Apreciación. — Causales. — Contraquerella. — Cosa juzgada. — Desistimiento.—Fiscal. - Municipalidad. -Omisión.—Parte agraviada. - Plazo. — Posesión.—Querella. — Sentencia. — Ultra-petita.* — Tratándose de una apelación que incide en un recurso de casación, debe el que la pierde ser precisamente condenado al pago de costas, aunque se hayan emitido tres votos á su favor.—C. S. 20 octubre 1904. . . . . I 294

3. *Albacea.*—El albacea que acepta el cargo y se ve obligado á comparecer á defender en juicio la validez del testamento cuya nulidad pide uno de los herederos, tiene derecho, aunque el testamento haya sido declarado nulo por sentencia de término, á que se le abonen las expensas legítimas (costas y honorario de abogado) en que ha incurrido y al pago de la remuneración que el juez le asigne.—Cas. 4 julio 1907 . . . . I 351

4. Si la sentencia que declaró la nulidad del testamento condenó en costas al albacea, no infringe el artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia que ordena al heredero pagar esa cantidad, porque ella no ha sido demandada como costas del juicio, sino como expensas adeudadas en el desempeño del cargo de albacea, y no es, por tanto, aplicable el referido artículo. — Mismo fallo.

CRIANZA

1. *Hijo legítimo.—Segundas nupcias.— Sociedad conyugal.* — Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos son de cuenta de la sociedad conyugal, pero si el hijo tuviere bienes propios se podrán sacar de ellos los gastos de su establecimiento, y sólo en caso de necesidad los de su crianza y educación.—C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II 52

2. Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento del hijo, incumben al sobreviviente en la misma forma anterior.—Mismo fallo.

3. En conformidad á lo dispuesto en el número 5 del artículo 1750 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y de los descendientes comunes y de toda otra carga de familia, y se mirarán como tales los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado á dar á sus descendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, pudiendo el juez moderar estos gastos si le parecieren excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge. En consecuencia, si una mujer que tiene un hijo menor de un matrimonio precedente contrae segundas nupcias y aporta á este matrimonio bienes suficientes para atender á la crianza y educación de este hijo, no hay necesidad de recurrir á los bienes del menor, y debe desecharse la demanda del segundo marido que, muerta la madre, cobra los gastos de crianza y educación de ese hijo durante el tiempo que su madre lo retuvo á su lado para prodigarle sus atenciones y cuidados. — Mismo fallo.

CUANTÍA

1. *Apelación. — Pluralidad de partes.*—Es improcedente el recurso de apelación contra la sentencia dictada en un juicio cuyo valor no exceda de $300.

domicilio cuando le prestaron esos servicios; porque, tratándose de una acción mueble, es competente el juez del lugar donde debe cumplirse la obligación y ésta debe cumplirse, á falta de lugar designado en la convención, en el domicilio del deudor y si éste se hubiere mudado después de contraída la obligación, será siempre juez competente el del lugar en que sin esa mudanza correspondería.—C. A. 1.° diciembre 1906. . . . . II 131

5. *Inhibitoria.* - Trabada una cuestión de competencia por inhibitoria entre tribunales de igual jerarquía que dependen de superiores diversos, sólo es competente para resolver dicha cuestión el superior del tribunal requerido.—C. A. 5 diciembre 1906 . . . . . II 134

COMPRAVENTA

1. *Apreciación.—Edificio en terreno ajeno.—Novación.—Resolución.*—Estableciéndose en un contrato de compra-venta que el precio se ha pagado parte en dinero y el resto sustituyéndose el comprador en una deuda del vendedor para con otra persona, esta sustitución importa una novación, y el precio debe considerarse totalmente pagado. — Cas. 30 octubre 1906. . . . . I 14

2. Aunque el vendedor adquiera perteriormente el crédito que se obligó á solucionar el comprador en pago del precio, operándose una novación, no puede pedir la resolución de la compraventa fundada en el no pago del precio, ya que la cesión no altera la naturaleza del crédito, ni convierte al cesionario en acreedor de parte del precio.—Mismo fallo.. . . .

3. *Casación en la forma.—Emplazamiento. — Entrega.—Remate.—Resolución.*—El subastador de una propiedad en remate verificado en una partición tiene derecho para que los herederos le restituyan lo que pagó por ella, y que ingresó á la masa partible, si no ha podido entrar en posesión, por haberse declarado por sentencia ejecutoriada que dicha propiedad no pertenecía á la sucesión; y le asiste este derecho aun cuando los demandados se hayan opuesto en el juicio de partición á que se incluyera esa propiedad en el inventario y se sacara á remate, y aun cuando el partidor haya declarado que el remate se verificaba bajo la responsabilidad del heredero que lo solicitó.—C. A. Cas. 5 noviembre 1906. . . . I 24

4. *Apre iación. — Resolución.*— El comprador que no cumple dentro del plazo estipulado una de las obligaciones contraídas, incurre en mora y da derecho al vendedor para obtener la resolución del contrato, si no prueba que él haya aceptado el cumplimiento tardío de la obligación ó la indemnización de perjuicios.— Cas. 19 julio 1907 . . . . . I 344

5. *Apreciación.—Interpretación.—Ley del contrato.—Moneda.—Precio.* —En un contrato de compraventa el pago debe hacerse, bajo todo respecto, en conformidad al tenor de la obligación y cuando ésta es clara no hay para qué desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu. - Expresando el contrato que las mercaderías deben pagarse al cambio de 18 peniques por peso, sólo cumple su obligación el comprador pagando en moneda esterlina, o su equivalente estimado al cambio de 18 peniques por peso. y nó pagando simplemente en pesos chilenos, sin atender al cambio, con el pretexto de que estos pesos son legalmente de 18 peniques. —C. A., Cas. 17 agosto 1907. I 405

6. *Bienes inmuebles.—Minuta de prueba.—Tercería.*—Si se vende una chacra con todos los muebles existentes en ella, deben entenderse incluídos en la venta el carruage y caballos del fundo. — Si el comprador acredita además que el carruaje estaba destinado permanentemente al servicio del fundo vendido, ese bien se reputa inmueble por su destino, á virtud de lo dispuesto en el artículo 570 del Código Civil, y está por tanto incluído en la venta.—C. A. 20 octubre 1906. II 51

COMUNEROS

1. *Acío. —Mina.— Pago. —Reivindicación.* —Si alguno de los dueños, comuneros de la mina, no acepta la continuación de los avios celebrados por otro de los comuneros, pueden ponerles término; pero no por reivindicación, sino por medio del pago de lo debido.—C. A. 7 julio 1906 . . . . . II 38

2. *Acción posesoria.*—Entre comuneros no proceden las acciones posesorias.—C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II 85

COMUNIDAD

1. *Arbitros.—Casa ión en la forma.—Juicio ordinario.*— Resultando acreditado en los autos que lo cedido por un comunero á otra persona fueren sus derechos hereditarios, y no los bienes raíces que eran materia de la comunidad, debe entenderse ésta subsistente; y en consecuencia, no procede la oposición al nombramiento de árbitro para liquidarla.—C. A. Cas. 9 noviembre 1906 . . . . . I 37

2. Para proceder al nombramiento de partidor que liquide una comunidad se requiere como requisito indispensable la conformidad, voluntaria ú obligada, de los presuntos comuneros en la existencia de la comunidad, debiendo resolverse previamente, y con los trámites del juicio civil ordinario, la cuestión suscitada por uno de los pretendidos comuneros que alega su dominio exclusivo sobre los bienes. — Cas. 9 noviembre 1906 . . . . . I 37

3. *Arbitros. — Juicio ordinario.* —Es materia de un juicio de lato conocimiento la oposición al nombramiento de árbitros que dividan una comunidad, fundada en el derecho exclusivo que se alega sobre el bien que es materia de ella —C. A. 7 diciembre 1903 . . . . . II 1

CONDONACIÓN

Casación en el fondo.— Confusión.—Legado. — Aunque la condonación testamentaria de una deuda importa tambien un verdadero legado de la cantidad condonada, dicha condonación no establece vínculos de acreedor y deudor entre el legatario agraciado y los herederos del testador condonante, sino que importa una mera remisión en virtud de la cual no pueden ya los herederos del condonante exigir de los deudores el pago de lo que adeudaban, y que les ha sido condonado; pero sin dar á éstos tampoco el derecho de exigir una cantidad igual á que se les remite y que no están ya obligados á pagar.—Por consiguiente, aunque los primitivos deudores tengan el doble carácter de legatarios y herederos del testador, no concurren en ellos las calidades de deudores y acreedores que simultáneamente exige el artículo 1665 del Código Civil para que se verifique la confusión y se extinga por este medio la obligación.—Cas. 4 agosto 1906 . . . . . I 89

CONFESIÓN

1. *Casación de oficio.—Mutuo.—Nova ión.—Ultra-petita.* — El mérito de una confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante.—Debe aceptarse en todas sus partes la declaración del ejecutante por una cantidad dada en mutuo, que confiesa no haber entregado esa cantidad al ejecutado, pero agrega que éste se sustituyó en la deuda de otra persona. — Cas. 2 noviembre 1906 . . . I 44

2. *Deudas hereditarias.— Heredero á título universal.—Porción conyugal.—Principio de prueba por escrito.—Prueba. —Sociedad conyugal.*—La deu-

da confesada en el testamento debe darse por legalmente establecida si hay de ella, además, un principio de de prueba por escrito.—C. A. 16 noviembre 1906 . . . . . II 73

CONFUSIÓN

Casación en el fondo.—Condonación.—Legado.—Aunque la condonación testamentaria de una deuda importa también un verdadero legado de la cantidad condonada, dicha condonación no establece vínculos de acreedor y deudor entre el legatario agraciado y los herederos del testador condonante, sino que importa una mera remisión en virtud de la cual no pueden ya los herederos del condonante exigir de los deudores el pago de lo que adeudaban y que les ha sido condonado; pero sin dar á éstos tampoco el derecho de exigir una cantidad igual á la que se les remite y que no están ya obligados á pagar. — Por consiguiente, aunque los primitivos deudores tengan el doble carácter de legatarios y herederos del testador, no concurren en ellos las calidades de deudores y acreedores que simultáneamente exige el artículo 1665 del Código Civil para que se verifique la confusión y se extinga por este medio la obligación. —Cas. 4 agosto 1906 . . I 89

CONSENTIMIENTO

Causales. — Nulidad. — Prórroga.—Si en un contrato para el alumbrado público de una ciudad se confirió á uno de los contratantes la facultad de aceptar, una vez terminado el plazo, un precio dado por cada luz y por el tiempo que estimare conveniente, y si la sentencia recurrida en casación establece el hecho de que dicho contratante manifestó oportunamente al otro su voluntad de continuar por un nuevo término en las condiciones que fijaba el contrato, por lo cual éste debía considerarse renovado entre los contratantes, no infringe esta sentencia el precepto del artículo 1437 del Código Civil por falta de consentimiento de las partes, porque ese consentimiento fué prestado por los contratantes en el primer contrato.—Cas. 15 diciembre 1906 I 290

CONSIDERANDOS

1. *Contradiciones del fallo.—Excepción dilatoria.—Litis pendencia.* — Los considerandos sólo son los fundamentos de la resolución, y no importando decisión alguna, no puede fundarse en ellos la existencia de decisiones contradictorias.— Cas. 27 septiembre 1906 . . I 123
2. *Casación en la forma. —Excepciones. —Juicio ejecutivo.— Personería. — Ultra-petita.* — Falla ultra-petita la sentencia del Tribunal de Alzada que rechaza la acción ejecutiva en virtud de la excepción de falta de personería fundada en ciertos hechos y antecedentes jurídicos no discutidos ni propuestos en el juicio, siendo que la excepción opuesta por el ejecutado se fundaba en hechos y antecedentes diversos.—La circunstancia de referirse el vicio en que se funda el recurso de casación á los términos en que aparecen redactados los considerandos del fallo recurrido, y la de que el Tribunal sentenciador se haya limitado en la parte dispositiva de dicha resolución á declarar admitida la excepción de falta de personería, no modifica el aspecto jurídico de la cuestión, por cuanto esos considerandos son en este caso parte integrante y substancial de lo dispositivo del fallo, ya que sin ellos no tendría éste existencia ni significado alguno legal.—Cas. 18 mayo 1907 . . . . . I 255

CONSULTA

Causales.—Citación. — Elevados en consulta los autos al Tribunal de Alzada por no haber apelado de la sentencia de primera instancia la parte agraviada, el único trámite procedente es el de traer los autos en relación, citándose á las partes con el objeto indicado en el artículo 924 del Código de Procedimiento Civil. El hecho de haber proveído el Tribunal de Alzada «traslado y enmiéndese la suma» en una presentación de una de las partes no importa la suspensión del decreto de «autos en relación», pues este proveído no puede suspenderse sino para llenar un trámite necesario y substancial para el pronunciamiento de la sentencia y de un modo expreso.— Cas. 30 diciembre 1906. . . . I 99

CONTRABANDO

Agente de Aduana. — Apreciación.—Casación en el fondo.— Defraudación.— Derechos de Aduana.—Moneda.—Multa.— Extraídas ciertas mercaderías de los almacenes de Aduana, por un agente de la misma aduana, sin pagar los derechos de internación, después de haber sido desembarcadas y depositadas en los almacenes, llenándose en el desembarco y depósito todas las formalidades prescritas por las leyes ó reglamentos aduaneros para su internación en el país, el delito cometido no es el prescrito en los artículos 84 número 11 y 89 número 20 de la Ordenanza de Aduanas que castigan el conato de defraudación y el contrabando, sino el comprendido en el artículo 89 número 18 de la misma Ordenanza, que pena al agente de aduana que defrauda los derechos de internación con una multa igual al duplo del valor que intentó defraudar. —Cas. 30 noviembre 1906. . I 29

CONTRADICCIONES DEL FALLO

1. *Ultra-petita.* — No contiene decisiones contradictorias la sentencia que rechaza la demanda de resolución de un contrato de compraventa por falta de pago, por considerar que este pago se ha efectuado, y ordena al mismo tiempo al demandado el pago de intereses de la cantidad adeudada á contar desde la fecha en que esta cantidad fué consignada á la orden del demandante.—Cas. 15 marzo 1906 . . . . . I 21
2. *Considerandos. — Excepción dilatoria.— Litis-pendencia* — No contiene decisiones contradictorias la sentencia que rechaza la demanda y acepta la excepción de litis-pendencia, cuando el rechazo de la demanda es la consecuencia de la aceptación de la excepción.— Cas. 27 septiembre 1906. . . . I 123
3. Los considerandos sólo son los fundamentos de la resolución y no importando decisión alguna, no puede fundarse en ellos la existencia de decisiones contradictorias. —Mismo fallo.
4. *Improcedencia. — Reclamación. — Reserva de derechos* —La sentencia de segunda instancia que confirma la de primera que desechó la demanda y reserva al demandante «otros derechos que pueda hacer valer» no contiene decisiones contradictorias, porque la reserva se refiere á «otros derechos» los cuales por tanto no pueden ser los mismos que se han ejercitado en el juicio. Cas. 10 abril 1907. . . . . I 17
5. *Agregación de documentos. Citación. — Ultra-petita.* — No contiene decisiones contradictorias la sentencia de segunda instancia que, al confirmar la de primera que establecía que tres herederos debían pagar el valor de un documento por iguales partes, agrega que el cónyuge sobreviviente debe contribuir también al pago de esa deuda con su cuota correspondiente.—Cas. 17 abril 1907 I 19.

CONTRA-QUERELLA

Acción pretoria. — Ampliación. —Apelación.—Apreciación — Causales. — Cosa juzgada. Costas. — Desistimiento. —Fi-

cal.—Municipalidad.—Omisión.—Parte agraviada.—Plazo.—Posesión.—Querella.—Sentencia.—Ultra-petita.—No omite la resolución del asunto controvertido la sentencia de segunda instancia que, revocando la de primera que daba lugar á una querella sin pronunciarse sobre la contra-querella deducida por el querellado, se limita á rechazar la querella, si en este rechazo va envuelta implícitamente la aceptación de la contra-querella que no tenía más objeto que enervar la querella, y si el fallo de primera instancia tampoco se pronunció expresamente sobre la contra-querella.—Cas. 1.° diciembre 1904..... I 294

CONTRIBUCIÓN

. *Causal.—Excepciones.—Instrumento privado.—Prueba.—Testigos.—Título ejecutivo.*—La sentencia que da lugar á la ejecución y ordena el pago de la multa á la persona que presentó un documento en papel incompetente, no infringe los artículos 462 y 485 número 7.° del Código de Procedimiento Civil, ni los artículos 8 y 11 de la ley de 1.° de septiembre de 1874, si el ejecutado no reclamó del mandamiento de ejecución y sólo opuso la excepción de pago y no la del artículo 485 número 7.°, y si sólo estando la causa en estado de sentencia observó que el documento había sido extendido en papel sellado del bienio anterior al de su fecha.—Cas. 2 agosto 1907 . . . . . I 415

2. *Avalúos.—Municipalidad.*—Si las Municipalidades no forman oportunamente el rol de avalúos, rige la matrícula del año anterior. La ley de Municipalidades impone á estas corporaciones la obligación de examinar las listas de avalúos antes del 1.° de septiembre de cada año, y si sólo las aprueba el día 2, esta aprobación es inoportuna y debe regir la matrícula del año anterior.—C. A. 29 noviembre 1906... II 91

3. El perjudicado por el avalúo que, haciendo uso del derecho que le acuerda la Ley de Municipalidades, reclama ante el juez de letras, no puede pedir que se declare la nulidad del rol, porque no obra en representación de los demás vecinos, y porque la acción no procede en esa forma sino con arreglo al artículo 49 de esa ley.—Mismo fallo.

4. *Avalúo.—Municipalidad.—Nulidad.*—Es nulo el nombramiento de comisión avaluadora de inmuebles para los efectos de la contribución de haberes, hecho por la Municipalidad en un día distinto del designado al efecto por el artículo 44 de la Ley de Municipalidades, por ser ilegal tal acuerdo.—Cas. 5 diciembre 1906 . . . . . II 147

CONVENIO

1. *Cesación de pagos.—Esperas.—Quiebra.—Remisión.*—Un comerciante que no ha sido declarado en quiebra puede celebrar con sus acreedores convenciones en que se le concedan rebaja de créditos y plazo para el pago. El Código de Comercio las autoriza al decir en el artículo 1326 que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimente otorgan esperas al deudor común.—C. A. 28 diciembre 1906 . . . . . II 156

2. La ley no exige que estas convenciones se hagan con intervención de la justicia, ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes y no son aplicables á ellas las formalidades prescritas para el "convenio" que es una situación legal diversa.—Mismo fallo.

CÓNYUGES

1. *Alimentos.—Divorcio.—Hijo.—Patria potestad.—Potestad marital.—Sociedad conyugal.*—Es deber de los cónyuges el ayudarse y socorrerse mutuamente en todas las circunstancias de la vida. El marido debe suministrar á la mujer lo necesario según sus facultades, no sólo en la situación anormal de la sociedad conyugal, sino también en el estado normal del matrimonio.—Cas. 19 abril 1907 . . . . . I 186

2. Si el marido, en el estado normal del matrimonio, se niega á dar á la mujer lo necesario según sus facultades, para su mantención y la de los hijos que viven á su lado, puede la mujer exigir judicialmente el cumplimiento de esta obligación.—Mismo fallo.

3. El divorcio no es el medio legal de que deba forzosamente hacer uso la mujer para obligar á su marido á que la alimente; puede ella exigir judicialmente por acción ordinaria el cumplimiento de esta obligación alimenticia.—Mismo fallo.

4. Si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley le confiere no le autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio, restableciendo el régimen correcto y legal y ordenando al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por la ley tienen derecho.—Mismo fallo.

COSA JUZGADA

1. *Afluente.—Aguas.—Apreciación.—Bienes nacionales.—Prescripción.*—La sentencia que sólo se refiere á otra dictada en otro juicio entre diversas partes y sobre una materia diversa para apreciar sus elementos probatorios en concurrencia con los de la causa misma, y no para obligar á las partes en la nueva litis á someterse á los efectos del fallo anterior, no infringe los preceptos que rigen la cosa juzgada ni viola los artículos 3.° del Código Civil y 198, 199 y 200 del de Procedimiento Civil.—Cas. 4 agosto 1906 . . . . . I 126

2. *Nulidad.—Quiebra.—Ultra-petita.*—El recurso de casación en la forma fundado en haberse dictado la sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, exige que ésta se haya alegado oportunamente en el juicio.—Cas. 6 noviembre 1906 . . . . . I 138

3. Para que la excepción de cosa juzgada pueda servir de fundamento á un recurso de casación en la forma, es indispensable que ella haya sido alegada oportunamente en el juicio.—Cas. 11 abril 1907 . . . . . I 180

4. *Acción posesoria.—Ampliación.—Apelación.—Apreciación.—Causales.—Contra-querella.—Costas.—Desistimiento.—Fiscal.—Municipalidad.—Omisión.—Parte agraviada.—Plazo.—Posesión.—Querella.—Sentencia.—Ultra-petita.*—Apelada una sentencia por una Municipalidad, si ella no ha encomendado su representación á otras personas, corresponde ésta al Fiscal de la Corte, en conformidad al inciso 2.° del artículo 93 de la Ley de Municipalidades. Si este funcionario se limita á dar su dictamen opinando por la confirmación del fallo de primera instancia y la Corte lo revoca, esta sentencia no es nula por haber sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, porque el fallo de primera instancia carece de los requisitos legales para ser

Apelada por una Municipalidad la sentencia dictada en una querella sobre una plaza que se sostenía era un bien nacional de uso público, la representación en segunda instancia corresponde al Fiscal de la Corte, si no se ha encomendado á otras personas, en conformidad al inciso 2.° del artículo 93 de la Ley de Municipalidades.—Si el Fiscal se limita á dar su dictamen opinando por la confirmación del fallo de primera instancia, y la Corte lo revoca, no puede sostenerse que la sentencia de la Corte ha sido dada en apelación legalmente desistida, si el dictamen fiscal no tiene por objeto el desistimiento, y aunque lo hubiera tenido, se hacía necesario en todo caso pronunciar sentencia por haberse hecho parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales. — Cas. 1.° diciembre 1904. . . . . I 294

DEUDAS HEREDITARIAS

1. *Confesión.—Heredero á título universal. Porción conyugal. —Principio de prueba por escrito. — Prueba. -Sociedad conyugal.* — Los asignatarios á título universal son herederos y representan al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles. El cónyuge á quien por cuenta de porción conyugal ha cabido, á título universal, alguna parte en la sucesión del difunto, es responsable á prorrata de esa parte, como los herederos por sus respectivas cuotas, y las deudas hereditarias se dividen también á prorrata de sus cuotas. -C. A., 16 noviembre 1906..... II 73
2. La deuda confesada en el testamento debe darse por legalmente establecida si hay de ella, además, un principio de prueba por escrito.—Mismo fallo.

DÍAS FERIADOS

Apelación.-- Apreciación.—Competencia. — Prescripción. —Establecido por el Tribunal sentenciador el hecho de que las partes en un juicio dejaron pasar mas de un año sin hacer gestión alguna para que una apelación se llevara á efecto, debe aceptarse este hecho por el tribunal de casación; y aún en el supuesto de no haber trascurrido ese plazo si se descontaran los días de feriados, como pretende el recurrente, el recurso sería en todo caso improcedente, porque sólo se fundó en la infracción de los artículos 214 y 234 del Código de Procedimiento Civil, y no en la del artículo 69 que sería el único pertinente.—Cas. 23 agosto 1907 . . . . . I 425

DISOLUCIÓN

Muerte.— Resolución.—Sociedad colectiva.—La sociedad colectiva civil se disuelve por la muerte natural ó civil de cualquiera de los socios, ménos cuando por disposición de la ley ó por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto ó sin ellos.—Si en el acto constitutivo de la sociedad se fija el plazo de nueve años para su duración y se agrega que la negociación no terminará por ninguna causa ó motivo antes del plazo estipulado, no procede la demanda de disolución del contrato fundada en el fallecimiento de uno de los socios ocurrido ántes del vencimiento del plazo.—C. A. 26 octubre 1906 . . . . . II 58

DIVORCIO

1. *Alimentos.—Cónyuges.-- Hijo. --Patria potestad. — Potestad marital.—Sociedad conyugal.* El divorcio no es el medio legal de que deba forzosamente hacer uso la mujer para obligar á su marido á que la alimente; puede ella exigir judicialmente por acción ordinaria el cumplimiento de esta obligación alimenticia. -Cas. 19 abril 1907. I 186
2. *Aprobación judicial.—Estado civil.— Nulidad. -Separación de bienes.--- Transacción.*— El divorcio y la separación de bienes no pueden producirse por mutuo acuerdo de los cónyuges, siendo indispensable para ello sentencia de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada.—C. A. 27 noviembre 1906 . . . . . II 103

DOCUMENTOS. V. *Agregación de documentos.—Instrumento.*

DOMICILIO

Acción mueble.- Competencia.— Es competente para conocer de una demanda por cobro de servicios médios el juez del lugar en que el deudor tuvo su domicilio cuando le prestaron esos servicios; porque tratándose de una acción mueble, es competente el juez del lugar donde debe cumplirse la obligación, y ésta debe cumplirse, á falta de lugar designado en la convención, en el domicilio del deudor, y si éste se hubiere mudado después de contraída la obligación, será siempre juez competente el del lugar en que sin esa mudanza correspondería.-- C. A. 1.° diciembre 1906 . . II 131

DOMINIO

1. *Casación en el fondo.— Demarcación.--Ocupación bélica —Posesión. — Salitrera.* — La acción que concede el artículo 842 del Código Civil corresponde al dueño de un predio y quien la deduce tiene que acreditar que verdaderamente es propietario ó á lo ménos que es poseedor del que trata de deslindar. — Cas. 30 noviembre 1906 . . . . . I 103
2. No tienen dominio verdadero ó aparente de los terrenos salitrales de Tarapacá los denunciantes que no tenían la posesión real de sus estacamentos ú oficinas á la época de la ocupación de esa provincia por las armas de la República; y la sentencia que les reconoce dominio infringe los artículos 2 y 8 del tratado de paz con el Perú, promulgado como ley nacional el 20 de mayo de 1884, en el cual se consideró el decreto de 28 de mayo de 1882 que había reglamentado la propiedad salitrera privada de Tarapacá sobre la base del régimen legal antes establecido, "no reconociendo otros títulos y derechos á este respecto que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que los que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva".—Mismo fallo.
3. *Causales.—Inscripción.--Legado.—Modo de adquirir.—Sucesión.-Tradición.*—La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, y se puede suceder á una persona á título universal, como heredero, y á título singular, como legatario, sin que sea necesario para la adquisición de dominio en uno ú otro carácter que además se haga tradición de las cosas heredadas ó legadas; puesto que respecto de unos mismos bienes no pueden concurrir diversos modos de adquirir su dominio. -Cas. 3 noviembre 1906 . . . . . I 147
4. La herencia ó legado se defiere por el ministerio de la ley, según el artículo 688 del Código Civil, en el momento de fallecer la persona, de cuya sucesión se trata, si el llamamiento no es condicional, y por el sólo hecho de la muerte se trasmite al heredero ó legatario la posesión y dominio que en los bienes hereditarios correspondía al antecesor.—Mismo fallo.
5. La persona instituída en testamento como legatario de un inmueble adquiere el dominio de él por el hecho de la muerte de la testadora, y esta adquisición no queda sin efecto por

—C. A. 27 octubre 1906..... II 82
Si varias personas han demandado conjuntamente á otra para exigir el pago de servicios prestados, el monto de la demanda no es el que resulta de la suma de las cantidades cobradas, sino el que separadamente tengan los créditos de cada acreedor.—Mismo fallo.
Aunque el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil autoriza para intervenir en un mismo juicio á varias personas que deduzcan acciones que emanen de un mismo hecho, de la historia fidedigna de su establecimiento, consignada en las actas de la Comisión Revisora, se desprende que no se refiere al caso de varios acreedores que se unen para exigir el pago de los servicios adeudados á cada uno de ellos por el demandado. Aun suponiendo aceptable que se junten distintas personas para litigar en un solo pleito, ejercitando idénticas acciones contra otro, no puede sostenerse que el monto de la demanda debe ser la suma de las cantidades cobradas, pues de este modo se podría alterar no sólo el procedimiento establecido para la sustanciación de los juicios, sino aún la competencia del tribunal llamado á fallarlo, procedimiento y tribunal que quedaría á elección de los demandantes, elevándose el monto de la demanda con juntarse para entablarla.—Mismo fallo.

CUASI-DELITO

1. *Daño.— Negligencia. — Responsabilidad. — Perjuicios.*— La negligencia de parte de la Compañía de Vapores y del capitán de buque de mantener á bordo aparatos para la carga y descarga que no ofrecen seguridad para los operarios, les hace responsables solidariamente del daño causado á un trabajador con la caída de una «rueda catalina» que no se hallaba suficientemente afianzada y les obliga á la indemnización de los perjuicios.—C. A. 4 septiembre 1905 . . . . . II 8
2. *Perjuicios.—Responsabilidad. —Tachas.—Testigos.* -El que ha cometido un cuasi-delito que ha inferido daño á otro es obligado á la indemnización. De la negligencia de los empleados de una empresa de ferrocarril responde la empresa. Responde, por consiguiente, del daño causado á un trabajador ocupado en cargar un carro si éste es atropellado, mientras iba con la carga, por una locomotora de la empresa que no anunció su aproximación haciendo sonar campana ni hizo sonar el pito.—C. A. 27 octubre 1906 . . . . . II 93
3. *Negligencia. — Perjuicios.* — Constituye negligencia inexcusable ó imprudencia temeraria de parte de un padre el confiar á su hijo, menor de catorce años, el manejo de una carretela en las calles de Santiago, y esta negligencia lo hace responsable del daño causado por su hijo que atropelló y mató con el vehículo á un niño de corta edad.—C. A. 27 julio 1907. . . . . .II 139
4. Aparte del sentimiento y del valor de afección—que no se divisa porqué deban eliminarse en absoluto—la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y bajo este aspecto, susceptible de una apreciación material ó en dinero.—Mismo fallo.
5. La dificultad para hacer esta apreciación y establecer su monto fijo por medio de testigos ó peritos, no significa que no debe efectuarse ó que el daño sea inapreciable, pues, salvo casos muy calificados, la apreciación en materia de perjuicios queda siempre al arbitrio del juzgador, sin más norma que su buen criterio para calificar, en cada juicio, los diversos factores y las distintas circunstancias que le suministra el mérito de autos.— Mismo fallo.
6 Si en la demanda se cobra una cantidad determinada como indemnización por un accidente y en el curso del juicio no se rinde prueba que permita estimar el monto de esta indemnización, desechándose por este motivo la demanda en primera instancia, puede, sin embargo, el Tribunal de Alzada dar lugar á ella en cuanto se exige una indemnización, ordenando que la fije el juez *a quo* tomando en cuenta las facultades del demandado y demás antecedentes especiales. — Mismo fallo.

CUENTAS

1. *Casación en el fondo.—Causal.—Curador. — Entrega.— Formalización.—Parte agraviada.— Prescripción.* — Las obligaciones del curador en cuanto á los bienes consisten no sólo en la administración de ellos llevando cuenta instruída y documentada y en exhibirla luego que termine el cargo, obligación que le impone el artículo 415 del Código Civil, sino también en entregar los bienes que pertenecen al pupilo, tan luego como le sea posible, obligación que le impone el artículo 417 del mismo Código. — Cas. 20 noviembre 1906 . . . . . I 161
2. El ex-pupilo puede exigir por acción ordinaria la entrega de sus bienes existentes en especies ó cantidades determinadas en poder del curador, sin que obste á esta acción la circunstancia de no haberse rendido y aprobado la cuenta que el guardador ha debido presentar al terminar la curatela. Infringe, por consiguiente, la disposición del artículo 417 del Código Civil la sentencia que desecha la demanda del ex-pupilo contra el curador para obtener la restitución de una cantidad determinada que le pertenece, fundada en que el juicio de cuentas es el único caso en que procedería el ejercicio de los derechos del pupilo.— Mismo fallo.
3. La acción para exigir al curador la rendición de cuentas prescribe en cuatro años.— Mismo fallo.
4. *Cosa juzgada. — Curador. — Fiador.—Heredero. — Juicio ejecutivo. — Notificación. — Sentencia definitiva. — Título ejecutivo.*— La sentencia recaída en el juicio seguido por rendición de cuentas contra un curador, no es título ejecutivo contra el fiador de dicho curador, si éste no ha sido parte ni ha intervenido en forma alguna en aquel juicio de rendición de cuentas.—Cas. 15 diciembre 1906. . . . . I 305
5. La notificación de la sentencia recaída en el juicio de rendición de cuentas, hecha á los herederos del fiador para los efectos del artículo 1377 del Código Civil, no altera su situación, ya que no les constituye partes en el juicio y presupone la existencia de un título ejecutivo en contra de su causa habiente.—Mismo fallo.

CURADOR

1. *Casación en el fondo.—Causal.— Cuentas.— Entrega. — Formalización. —Parte agraviada.— Prescripción.* — Las obligaciones del curador en cuanto á los bienes consisten no sólo en la administración de ellos, llevando cuenta instruída y documentada y en exhibirla luego que termine el cargo, obligación que le impone el artículo 415 del Código Civil, sino también en entregar los bienes que pertenecen al pupilo, tan luego como le sea posible, obligación que le impone el artículo 417 del mismo Código. —Cas. 20 noviembre 1906. . . I 161
2. El ex- pupilo puede exigir por acción ordinaria la entrega de sus bienes existentes en especies ó cantidades determinadas en poder del curador, sin que obste á esta acción la circunstancia de no haberse rendido y

mente otorgan esperas al deudor común. — C. A. 28 diciembre 1906 . . . . . II 156

2. La ley no exige que estas convenciones se hagan con intervención de la justicia, ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes y no son aplicables á ellas las formalidades prescritas para el «convenio», que es una situación legal diversa.—Mismo fallo.

ESTACAMENTOS

1. *Casación en la forma.—Pertenencias.—Salitreras.—Sociedad conyugal. — Ultra-petita.* —El inciso 2.° del artículo 6.° del Reglamento de 28 de julio de 1877, que establece que cada estacamento no puede tener sino una pertenencia, no debe prevalecer sobre la disposición del inciso 2.° del artículo 26 del Código de Minería de 1874, según el cual el descubridor dentro del radio de cinco kilómetros de mina registrada tiene derecho á dos pertenencias.—C. A.—Cas. 31 diciembre 1906 . . . . . I 49

2. *Causal.— Descubrimiento. — Mensura.— Posesión efectiva. —Salitreras.*—Según el artículo 45 del Código de Minería de 1874, aplicable al salitre, desde que se registra un descubrimiento cualquiera persona hábil puede solicitar una pertenencia para explorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicare á continuación de la señalada por el descubridor. El artículo 6.° del Reglamento de 28 de julio de 1877 que dispone que «registrado un descubrimiento no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya y tomado posesión de ella», no debe tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para derogar la ley y contrariarla en parte sustancial sino para facilitar su cumplimiento y ejecución, por lo cual es necesario armonizarlo con ella; y esa disposición debe entenderse en el único sentido que lógicamente le corresponde, de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, debiendo quedar en suspenso los derechos del peticionario de un estacado mientras no se efectúe la mensura del descubrimiento, para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde sin perjudicar el derecho del descubridor.—Cas. 14 mayo 1907 . . . . . I 249

ESTADO

1. *Acción posesoria. — Causales. —Posesión.—Salitreras.* — La posesión de los yacimientos de salitre pertenece al Estado por el ministerio de la ley y sólo pueden adquirirlos los particulares á virtud de concesión otorgada por autoridad competente y con las formalidades legales. En consecuencia, si el Fisco se querella de amparo contra particulares que han ocupado, á su juicio indebidamente, un yacimiento salitral, es innecesario apreciar el mérito de las informaciones de testigos rendidas por las partes, porque la posesión de dicho yacimiento pertenece al Estado por ministerio de la ley, y debe aceptarse la querella.—Cas. 17 diciembre 1906 . . . I 301

2. El particular que pretende la propiedad ó posesión de un estacamento salitral debe acreditarlo por medio de la concesión hecha por el Estado en forma legal, ya que sin esa concesión la posesión y menos la propiedad de dicho estacamento no ha podido salir de manos del Estado. No prueba, en consecuencia, su derecho con la sola presentación de una escritura de compraventa á otro particular, posterior al decreto de 30 de mayo de 1884 que suspendió en todo el territorio de la República el otorgamiento de concesiones de salitre.—Mismo fallo.

3. La posesión que el Estado tiene de los terrenos salitrales emana de la ley y se acredita con ella misma y aunque pudiera argüirse que la ley establece más bien el dominio que la posesión y que los títulos que acreditan el dominio no deben tomarse en cuenta en juicios posesorios, procedería en este caso la excepción del inciso 2.° del artículo 923 del Código Civil, ya que el título, que es la ley, puede probarse sumariamente. — Mismo fallo.

ESTADO CIVIL

1. *Prueba.*—No es aceptable la prueba testimonial de la posesión notoria de diversos estados civiles cuando no se ha explicado satisfactoriamente ni menos probado las faltas de las respectivas partidas ó el extravío del libro ó registro en que debieran encontrarse.—C. A. 8 octubre 1906 . . . . . II 63

2. *Hijo legítimo.—Prueba.* — La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que los padres lo hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres.—C. A. 8 noviembre 1906 . . . . . II 67

3. La posesión notoria del estado civil, para servir de prueba de este estado, debe durar diez años continuos por lo menos — Mismo fallo.

4. No es prueba bastante de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, la declaración de testigos que no pueden aseverar que la persona que pretende dicho estado haya vivido más de diez años al lado de sus padres, que se limitan á decir que esa persona era tenida entre todos los que la conocían y ha sido siempre considerada en sus relaciones sociales como hija legítima, la pero nó que éstos la hubieran tratado como hija legítima y la hubieran presentado en este carácter á sus deudos y amigos. —Mismo fallo.

5. *Aprobación judicial.—Divorcio.—Nulidad.—Separación de bienes.—Transacción.* — Una transacción por la cual uno ú otro cónyuge ó ambos juntos renuncian á su estado civil de marido ó mujer, es contraria á lo ley y en consecuencia, nula de nulidad absoluta.—C. A. 27 noviembre de 1906 . . . . . II 103

6. Semejante transacción no adquiere valor por la aprobación judicial, pues esta no puede dar valor á un acto nulo en su origen.—Mismo fallo.

7. *Hijo.— Indígena.*— La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer ó hijo, debe tenerse como título bastante para constituir á favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes en favor de los padres, cónyuges é hijos legítimos, en virtud de lo dispuesto por la ley de 4 de agosto de 1874. Por consiguiente, reconocida la calidad de indígena del demandante, le basta probar la posesión notoria del estado de hijo de la mujer cuya herencia reclama, aunque no pruebe quien fué su padre, para que se le declare como heredero legítimo de su madre y como legítimo representante de ésta en la sucesión de su abuelo.—C. A. 11 diciembre 1906 . . . . . II 164

8. *Casación en la forma.—Ministerio público.*- Es nula la sentencia dictada en primera instancia, en juicio sobre el estado civil de una persona, sin audiencia del Ministerio público, por ser este un trámite esencial del procedimiento. No puede subsanarse esta omisión

valor de cinco pesos, infringe lo dispuesto en los artículos 9 de la ley de 26 de noviembre de 1892 y 5.° y 8.° de la ley de 31 de mayo de 1893, que disponen que el 25 por ciento de los derechos de internación deben pagarse en libras esterlinas á razón de seis pesos treinta y un centavos por cada libra, ó en moneda chilena de oro de valor equivalente. — Cas. 30 noviembre 1906 . . . . . I 260

2. Extraídas ciertas mercaderías de los almacenes de Aduana, por un agente de Aduana, sin pagar los derechos de internación, después de haber sido desembarcadas y depositadas en los almacenes, llenándose en el desembarco y depósito todas las formalidades prescritas por las leyes y reglamentos aduaneros para su internación en el país, el delito cometido no es el previsto en los artículos 84 núm. 11 y 89 núm. 20 de la Ordenanza de Aduanas, que castigan el conato de defraudación y el contrabando, sino el comprendido en el artículo 89, número 18, de la misma Ordenanza, que pena al agente de Aduana que defrauda los derechos de internación con una multa igual al duplo del valor que intentó defraudar.—Mismo fallo.

3. El valor de esta multa puede determinarse en moneda corriente, ya que no se trata de la percepción de derechos de internación, y ya que según la ley de 31 de julio de 1898 los billetes que ella autoriza emitir sirven para solventar todas las obligaciones, con las solas excepciones que ella determina, entre las cuales no está comprendido el importe de las penas pecuniarias impuestas por la Ordenanza de Aduanas. —Mismo fallo.

DESASIMIENTO

Bienes no embargables. — Donación.—Fallido.—Quiebra.— Desde la hora en que se pronuncie la declaración de quiebra el fallido queda inhibido de derecho de la administración de sus bienes; pero conserva el dominio de ellos y la administración de los no embargables. —Por consiguiente, es procedente la acción del fallido para que se le restituya el fundo donado á él y á su mujer con la expresión de no embargable, habiéndose hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente.—C. A., 21 diciembre 1905. . . . . II 30

DESCUBRIDOR

Competencia.—Fisco. —Juicio de hacienda. — Manifestación.— Mina. —Es de rigor que cada descubridor se presente separadamente y en la forma prescrita en el artículo 29 del Código de Minería, esto es expresando su nombre y el de sus compañeros si los tuviere, las señales más individuales y características del sitio donde se encuentra la cata, pozo ó labor en que se halló el mineral, la designación de su especie, el nombre que quiere dar á cada cada una de las tres pertenencias á que tiene derecho y la extensión, expresada en hectáreas, que desea comprenda cada pertenencia. —En consecuencia, es inaceptable la presentación, por medio de una sola manifestación de trescientos descubridores que afirman haber descubierto minerales de hierro, y piden cada uno de ellos tres pertenencias de cinco hectáreas cada una, sin indicar ni siquiera someramente los deslindes de cada pertenencia ó sus señales características.— C. A. 17 octubre 1906 . . . . II 70

DESCUBRIDORAS

Apreciación — Causales.— Litis. —Mensura.— Paralelo 23.— Salitreras.—No hay disposición legal que resuelva de una manera precisa si la distancia que debe mediar entre las descubridoras, debe medirse entre las líneas que encierran las pertenencias, ó si estas distancias deben medirse entre la excavación que constituye el descubrimiento, puesto que aun el artículo 7.° del Reglamento de 1877 previene que la mensura se ejecute «por dentro de las líneas que el descubridor solicite en la parte explorada del terreno». No habiendo en el reglamento reglas á qué atenerse respecto de las distancias que deben guardar entre sí las líneas exteriores de las pertenencias, debe estarse á lo que prescribe el Código de Minería. Cas. 6 abril 1907..... I 193

DESCUBRIMIENTO

Causal. — Estacamento. — Mensura.—Posesión efectiva.—Salitreras.—Según el artículo 45 del Código de Minería de 1874, aplicable al salitre, desde que se registra un descubrimiento cualquiera persona hábil puede solicitar una pertenencia para explorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicare á continuación de la señalada por el descubridor.— El artículo 6 del Reglamento de 28 de Julio de 1877 que dispone que «registrado un descubrimiento no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya y tomado posesión de ella», no debe tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para derogar la ley y contrariarla en parte sustancial, sino para facilitar su cumplimiento y ejecución por lo cual es necesario armonizarlo con ella, y esa disposición debe entenderse en el único sentido que lógicamente le corresponde, de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, debiendo quedar en suspenso los derechos del peticionario de un estacado mientras no se efectúe la mensura del descubrimiento, para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde sin perjudicar el derecho del descubridor. Cas. 14 mayo 1907..... I 249

DESERCIÓN

1. *Apelación.—Reposición.* —La sentencia pronunciada por el Tribunal de Alzada, después de revocada por contrario imperio la resolución por la cual había declarado desierta la apelación, no puede estimarse dada en apelación legalmente declarada desierta y no adolece por consiguiente de este vicio de casación. —Cas. 23 noviembre 1906..... I 228

2. Es facultad privativa del Tribunal de Alzada el reponer la resolución por la cual ha declarado desierta la apelación, en uso de la atribución que le confiere el inciso 2.° del artículo 224 del Código de Procedimiento Civil. —Mismo fallo.

3. *Apelación. —Certificado.—Tabla.* —Debe declararse desierta la apelación á instancia del apelado si el apelante no comparece á seguir el recurso en el plazo de tres días que le concede la ley. —El Tribunal de Alzada debe resolver la deserción en este caso con solo el mérito del certificado del secretario, es decir, sin otro trámite ó formalidad que éste, según lo prescribe el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil. —Por consiguiente, no debe ponerse en tabla la deserción, ya que esto importa una nueva notificación de que en tal día va á hacerse la causa.—Cas. 3 julio 1907..... I 322

DESISTIMIENTO

Acción posesoria. —Ampliación.— Apelación. — Apreciación.—Causales.—Contra-querella.—Cosa juzgada. —Costas. —Fiscal — Municipalidad. — Omisión—Parte agraviada.— Plazo.—Posesión. — Querella. —Sentencia. — Ultra-petita.—

Apelada por una Municipalidad la sentencia dictada en una querella sobre una plaza que se sostenía era un bien nacional de uso público, la representación en segunda instancia corresponde al Fiscal de la Corte, si no se ha encomendado á otras personas, en conformidad al inciso 2.° del artículo 93 de la Ley de Municipalidades.—Si el Fiscal se limita á dar su dictamen opinando por la confirmación del fallo de primera instancia, y la Corte lo revoca, no puede sostenerse que la sentencia de la Corte ha sido dada en apelación legalmente desistida, si el dictamen fiscal no tiene por objeto el desistimiento, y aunque lo hubiera tenido, se hacía necesario en todo caso pronunciar sentencia por haberse hecho parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales. — Cas. 1.° diciembre 1904. . . . . I 294

DEUDAS HEREDITARIAS

1. *Confesión.—Heredero á título universal.—Porción conyugal. —Principio de prueba por escrito.— Prueba. -Sociedad. conyugal.* — Los asignatarios á título universal son herederos y representan al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles. -El cónyuge á quien por cuenta de porción conyugal ha cabido, á título universal, alguna parte en la sucesión del difunto, es responsable á prorrata de esa parte, como los herederos por sus respectivas cuotas, y las deudas hereditarias se dividen también á prorrata de sus cuotas. -C. A., 16 noviembre 1906..... II 73
2. La deuda confesada en el testamento debe darse por legalmente establecida si hay de ella, además, un principio de prueba por escrito.—Mismo fallo.

DÍAS FERIADOS

Apelación.-- Apreciación.—Competencia. — Prescripción. —Establecido por el Tribunal sentenciador el hecho de que las partes en un juicio dejaron pasar mas de un año sin hacer gestión alguna para que una apelación se llevara á efecto, debe aceptarse este hecho por el tribunal de casación; y aún en el supuesto de no haber trascurrido ese plazo si se descontaran los dias de feriados, como pretende el recurrente, el recurso sería en todo caso improcedente, porque sólo se fundó en la infracción de los artículos 214 y 234 del Código de Procedimiento Civil, y no en la del artículo 69 que sería el único pertinente.—Cas. 23 agosto 1907 . . . . . I 425

DISOLUCIÓN

Muerte.—Resolución.—Sociedad colectiva.—La sociedad colectiva civil se disuelve por la muerte natural ó civil de cualquiera de los socios, ménos cuando por disposición de la ley ó por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto ó sin ellos.—Si en el acto constitutivo de la sociedad se fija el plazo de nueve años para su duración y se agrega que la negociación no terminará por ninguna causa ó motivo antes del plazo estipulado, no procede la demanda de disolución del contrato fundada en el fallecimiento de uno de los socios ocurrido ántes del vencimiento del plazo.—C. A. 26 octubre 1906 . . . . . II 58

DIVORCIO

1. *Alimentos.—Cónyuges.-- Hijo. —Patria potestad. — Potestad marital.—Sociedad conyugal.* —El divorcio no es el medio legal de que deba forzosamente hacer uso la mujer para obligar á su marido á que la alimente; puede ella exigir judicialmente por acción ordinaria el cumplimiento de esta obligación alimenticia. -Cas. 19 abril 1907. I 186
2. *Aprobación judicial.—Estado civil.— Nulidad. --Separación de bienes.--Transacción.*-- El divorcio y la separación de bienes no pueden producirse por mutuo acuerdo de los cónyuges, siendo indispensable para ello sentencia de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada.—C. A. 27 noviembre 1906 . . . . . II 103

DOCUMENTOS.—V. *Agregación de documentos.—Instrumento.*

DOMICILIO

Acción mueble.—Competencia.— Es competente para conocer de una demanda por cobro de servicios médios el juez del lugar en que el deudor tuvo su domicilio cuando le prestaron esos servicios; porque tratándose de una acción mueble, es competente el juez del lugar donde debe cumplirse la obligación, y ésta debe cumplirse, á falta de lugar designado en la convención, en el domicilio del deudor, y si éste se hubiere mudado después de contraída la obligación, será siempre juez competente el del lugar en que sin esa mudanza correspondería.-- C. A. 1.° diciembre 1906 . . II 131

DOMINIO

1. *Casación en el fondo.— Demarcación.--Ocupación bélica —Posesión. — Salitrera.* -La acción que concede el artículo 842 del Código Civil corresponde al dueño de un predio y quien la deduce tiene que acreditar que verdaderamente es propietario ó á lo ménos que es poseedor del que trata de deslindar. — Cas. 30 noviembre 1906 . . . . . I 105
2. No tienen dominio verdadero ó aparente de los terrenos salitrales de Tarapacá los denunciantes que no tenian la posesión real de sus estacamentos ú oficinas á la época de la ocupación de esa provincia por las armas de la República; y la sentencia que les reconoce dominio infringe los artículos 2 y 8 del tratado de paz con el Perú, promulgado como ley nacional el 20 de mayo de 1884, en el cual se consideró el decreto de 28 de mayo de 1882 que había reglamentado la propiedad salitrera privada de Tarapacá sobre la base del régimen legal antes establecido, "no reconociendo otros títulos y derechos á este respecto que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que los que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva".—Mismo fallo.
3. *Causales.—Inscripción.—Legado.—Modo de adquirir.—Sucesión.-Tenencia.-Tradición.*—La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, y se puede suceder á una persona á título universal, como heredero, y á título singular, como legatario, sin que sea necesario para la adquisición de dominio en uno ú otro carácter que además se haga tradición de las cosas heredadas ó legadas; puesto que respecto de unos mismos bienes no pueden concurrir diversos modos de adquirir su dominio. -- Cas. 3 noviembre 1906 . . . . . I 147
4. La herencia ó legado se defiere por el ministerio de la ley, según el artículo 688 del Código Civil, en el momento de fallecer la persona, de cuya sucesión se trata, si el llamamiento no es condicional, y por el solo hecho de la muerte se trasmite al heredero ó legatario la posesión y dominio que en los bienes hereditarios correspondía al antecesor.—Mismo fallo.
5. La persona instituida en testamento como legatario de un inmueble adquiere el dominio de él por el hecho de la muerte de la testadora, y esta adquisición no queda sin efecto por

la enajenación que posteriormente haga de ese inmueble á un tercero la albacea de la testadora, aunque esa enajenación se inscriba, siempre que no haya trascurrido el tiempo necesario para que prescriba el derecho del legatario.—Mismo fallo.

6. Procede, en consecuencia, la tercería de dominio interpuesta por el legatario, en la ejecución seguida por un acreedor hipotecario contra el tercero á quien la albacea donó el inmueble, pues ese tercero no adquirió el dominio por la tradición que le hizo el albacea, ni por prescripción por no haber trascurrido en este caso el tiempo necesario.—Mismo fallo.

DONACIÓN

Bienes no embargables.—Desasimiento.--Fallido.--Quiebra.-- Los bienes donados con la expresión de no embargables y cuyo valor se ha hecho constar al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente, no quedan comprendidos en el desasimiento que produce la quiebra; y por lo tanto, es procedente la acción del fallido para que se le restituyan esos bienes.—C. A. 21 diciembre 1905 . . . . . II 30

E

EDIFICIO EN TERRENO AJENO

Apreciación. — Compraventa.— Novación. — Resolución. — El dueño del terreno en que otra persona ha edificado á ciencia y paciencia de él, está obligado, para recobrarlo, á pagar el valor del edificio.--Cas. 30 octubre 1906 . . . . . I 14

EFECTO RETROACTIVO

1. *Hijo natural.—Legitimación.* El matrimonio de los padres contraídos durante la vigencia de la ley chilena legitima "ipso jure" á los hijos naturales reconocidos bajo el imperio de la legislación boliviana.— C. A. 2 agosto 1906 . . . . II 11
2. *Abandono de la instancia.* — El plazo de tres años establecido por el Código de Procedimiento Civil para que pueda pedirse el abandono de la instancia, no puede empezar á contarse desde antes del 1.° de marzo de 1903, fecha en que entró en vigencia dicho Código, porque de otro modo se daría efecto retroactivo á sus disposiciones. —C. A. 11 noviembre 1905 . . II 15
3. *Heredero.—Hijo natural. — Madre natural.* — La madre natural que ha adquirido este estado en conformidad á la legislación peruana, tiene derecho para heredar á su hijo de acuerdo con la legislación chilena.— C. A. 3 septiembre 1906 II 33

EMPLAZAMIENTO

1. *Casación en la forma. — Compraventa. — Entrega. — Remate.— Resolución.*—Es nula la sentencia pronunciada con omisión del emplazamiento de una de las partes, para contestar la demanda, por no haberle sido ésta notificada personalmente ni haber comparecido por sí en la secuela del juicio.—C. A.—Cas. 5 noviembre 1906 I 24
2. *Casación en la forma.—Notificación.* — En toda gestión judicial la primera notificación á las partes ó personas á quienes hayan de afectar sus resultados debe hacerse personalmente, entregándole copia íntegra de la resolución y de la solicitud cuando fuere escrita. —En consecuencia, es nula la sentencia pronunciada en una querella de amparo si la providencia recaída en la demanda fué notificada por el estado al demandado.—C. A. 17 octubre 1906 . . . . . II 65

ENTREGA

1. *Casación en el fondo.- Causales. — Formalización.— Prenda.*—El contrato de prenda no se perfecciona sino por la entrega de la cosa al acreedor, y no puede estimarse como entrega ficticia ó simbólica aquella en que se deja en poder del deudor la cosa ó cosas que éste da en prenda, cuando ellas no pueden determinarse. Cas. 5 julio 1906 . . . . . I 1
2. *Casación en la forma.—Compraventa. — Emplazamiento. —Remate. — Resolución.* — El subastador de una propiedad en remate verificado en una partición tiene derecho para que los herederos le restituyan lo que pagó por ella, y que ingresó á la masa partible, si no ha podido entrar en posesión por haberse declarado por sentencia ejecutoriada que dicha propiedad no pertenecía á la sucesión; y le asiste este derecho aun cuando los demandados se hayan opuesto en el juicio de partición á que se incluyera esa propiedad en el inventario y se sacara á remate, y aun cuando el partidor haya declarado que el remate se verificaba bajo la responsabilidad del heredero que lo solicitó.— C. A.—Cas. 5 noviembre 1906. I 24
3. *Casación en el fondo.—Causal. — Cuentas. — Curador.— Formalización.—Parte agraviada. — Prescripción.* — Las obligaciones del curador en cuanto á los bienes consisten no sólo en la administración de ellos llevando cuenta instruída y documentada, y en exhibirla luego que termine el cargo, obligación que le impone el artículo 415 del Código Civil, sino también en entregar los bienes que pertenecen al pupilo, tan luego como le sea posible, obligación que le impone el artículo 417 del mismo Código. — Cas. 20 noviembre 1906 . . . . . I 161
4. El ex-pupilo puede exigir por acción ordinaria la entrega de sus bienes existentes en especies ó cantidades determinadas en poder del curador, sin que obste á esta acción la circunstancia de no haber se rendido y aprobado la cuenta que el guardador ha debido presentar al terminar la curatela. Infringe, por consiguiente, la disposición del artículo 417 del Código Civil, la sentencia que desecha la demanda del ex-pupilo contra el curador para obtener la restitución de una cantidad determinada que le pertenece, fundada en que el juicio de cuentas es el único caso en que procedería el ejercicio de los derechos del pupilo.— Mismo fallo.
5. Contra la acción del pupilo que exige al curador la entrega de una cantidad determinada que le pertenece no procede la prescripción de cuatro años establecida por el artículo 325 del Código Civil, sino la ordinaria.- Mismo fallo.

ERROR

Causa.—Causales --Formalización. -Las cuestiones no discutidas en la litis y que, por lo mismo, no han sido materia del fallo, no pueden ser tomadas en consideración en el recurso de casación.—Por consiguiente, no habiéndose opuesto como excepción á la demanda, ni siquiera insinuado en el curso de la causa, el error de hecho en que se funda el recurso, no ha podido la sentencia recurrida infringir el artículo 1453 del Código Civil que se supone violado.—Cas. 29 agosto 1907. I 452

ESCRITURA PÚBLICA. — V. *Instrumento público.*

ESPERAS

1. *Cesación de pagos. — Convenio.—Quiebra. — Remisión.*— Un comerciante que no ha sido declarado en quiebra puede celebrar con sus acreedores convenciones en que se le concedan rebaja de créditos y plazo para el pago. El Código de Comercio las autoriza al decir en el artículo 1326 que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unáni-

mente otorgan esperas al deudor común. — C. A. 28 diciembre 1906 . . . . . II 156

2. La ley no exige que estas convenciones se hagan con intervención de la justicia, ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes y no son aplicables á ellas las formalidades prescritas para el «convenio», que es una situación legal diversa.—Mismo fallo.

ESTACAMENTOS

1. *Casación en la forma.—Pertenencias.—Salitreras.—Sociedad conyugal. — Ultra-petita.* —El inciso 2.° del artículo 6.° del Reglamento de 28 de julio de 1877, que establece que cada estacamento no puede tener sino una pertenencia, no debe prevalecer sobre la disposición del inciso 2.° del artículo 26 del Código de Minería de 1874, según el cual el descubridor dentro del radio de cinco kilómetros de mina registrada tiene derecho a dos pertenencias.—C. A.—Cas. 31 diciembre 1906 . . . . . I 49

2. *Causal.— Descubrimiento. — Mensura.— Posesión efectiva. —Salitreras.*—Según el artículo 45 del Código de Minería de 1874, aplicable al salitre, desde que se registra un descubrimiento cualquiera persona hábil puede solicitar una pertenencia para explorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicare á continuación de la señalada por el descubridor. El artículo 6.° del Reglamento de 28 de julio de 1877 que dispone que «registrado un descubrimiento no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya y tomado posesión de ella», no debe tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para derogar la ley y contrariarla en parte sustancial sino para facilitar su cumplimiento y ejecución, por lo cual es necesario armonizarlo con ella; y esa disposición debe entenderse en el único sentido que lógicamente le corresponde, de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, debiendo quedar en suspenso los derechos del peticionario de un estacado mientras no se efectúe la mensura del descubrimiento, para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde sin perjudicar el derecho del descubridor.—Cas. 14 mayo 1907 . . . . . I 249

ESTADO

1. *Acción posesoria. — Causales. —Posesión.—Salitreras.* — La posesión de los yacimientos de salitre pertenece al Estado por el ministerio de la ley y sólo pueden adquirirlos los particulares á virtud de concesión otorgada por autoridad competente y con las formalidades legales. En consecuencia, si el Fisco se querella de amparo contra particulares que han ocupado, á su juicio indebidamente, un yacimiento salitral, es innecesario apreciar el mérito de las informaciones de testigos rendidas por las partes, porque la posesión de dicho yacimiento pertenece al Estado por ministerio de la ley, y debe aceptarse la querella.—Cas. 17 diciembre 1906 . . . I 301

2. El particular que pretende la propiedad ó posesión de un estacamento salitral debe acreditarlo por medio de la concesión hecha por el Estado en forma legal, ya que sin esa concesión la posesión y menos la propiedad de dicho estacamento no ha podido salir de manos del Estado. No prueba, en consecuencia, su derecho con la sola presentación de una escritura de compraventa á otro particular, posterior al decreto de 30 de mayo de 1884 que suspendió en todo el territorio de la República el otorgamiento de concesiones de salitre.—Mismo fallo.

3. La posesión que el Estado tiene de los terrenos salitrales emana de la ley y se acredita con ella misma y aunque pudiera argüirse que la ley establece más bien el dominio que la posesión y que los títulos que acreditan el dominio no deben tomarse en cuenta en juicios posesorios, procedería en este caso la excepción del inciso 2.° del artículo 923 del Código Civil, ya que el título, que es la ley, puede probarse sumariamente. — Mismo fallo.

ESTADO CIVIL

1. *Prueba.*—No es aceptable la prueba testimonial de la posesión notoria de diversos estados civiles cuando no se ha explicado satisfactoriamente ni menos probado las faltas de las respectivas partidas ó el extravío del libro ó registro en que debieran encontrarse.—C. A. 8 octubre 1906 . . . . . II 63

2. *Hijo legítimo.—Prueba.* — La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que los padres lo hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres.—C. A. 8 noviembre 1906 . . . . . II 67

3. La posesión notoria del estado civil, para servir de prueba de este estado, debe durar diez años continuos por lo menos — Mismo fallo.

4. No es prueba bastante de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, la declaración de testigos que no pueden aseverar que la persona que pretende dicho estado haya vivido más de diez años al lado de sus padres, que se limitan á decir que esa persona era tenida entre todos los que la conocían y ha sido siempre considerada en sus relaciones sociales como hija legítima, la pero nó que éstos la hubieran tratado como hija legítima y la hubieran presentado en este carácter á sus deudos y amigos. —Mismo fallo.

5. *Aprobación judicial.—Divorcio.—Nulidad.—Separación de bienes.—Transacción.* — Una transacción por la cual uno ú otro cónyuge ó ambos juntos renuncian á su estado civil de marido ó mujer, es contraria á lo ley y en consecuencia, nula de nulidad absoluta.—C. A. 27 noviembre de 1906 . . . . . II 102

6. Semejante transacción no adquiere valor por la aprobación judicial, pues esta no puede dar valor á un acto nulo en su origen.—Mismo fallo.

7. *Hijo.—Indígena.*— La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer ó hijo, debe tenerse como título bastante para constituir á favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes en favor de los padres, cónyuges é hijos legítimos, en virtud de lo dispuesto por la ley de 4 de agosto de 1874. Por consiguiente, reconocida la calidad de indígena del demandante, le basta probar la posesión notoria del estado de hijo de la mujer cuya herencia reclama, aunque no pruebe quien fué su padre, para que se le declare como heredero legítimo de su madre y como legítimo representante de ésta en la sucesión de su abuelo.—C. A. 11 diciembre 1906 . . . . . II 104

8. *Casación en la forma.—Ministerio público.*- Es nula la sentencia dictada en primera instancia, en juicio sobre el estado civil de una persona, sin audiencia del Ministerio público, por ser este un trámite esencial del procedimiento. No puede subsanarse esta omisión

oyendo al Ministerio público en segunda instancia.—C. A. 6 diciembre 1906 . . . . . II 142

EXCEPCIONES

1. *Casación en la forma.—Considerandos.—Juicio ejecutivo. —Personería. — Ultra-petita.* — La enumeración taxativa consignada en el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, de las distintas excepciones que pueden oponerse en un juicio ejecutivo, es meramente genérica ó fundamental y no singulariza ni determina los casos especiales que pueden hallarse comprendidos en cada uno de los diversos números que la componen.—Para suplir esta indeterminación de la ley exige el artículo 486 del mismo Código que al formalizar las excepciones se expresen con claridad y precisión no sólo los hechos ó circunstancias particulares que les sirven de fundamento, sino también los medios de prueba de que el deudor intente valerse para acreditarlas.—Cuando esos hechos ó circunstancias son de distinta índole y se fundan en antecedentes jurídicos diversos, cada uno de ellos constituye en derecho una excepción distinta, aun cuando se encuentren comprendidos en el mismo número de la clasificación genérica del artículo 485.—Cas. 18 mayo 1907. . . . . I 255
2. Falla ultra-petita la sentencia del Tribunal de Alzada que rechaza la acción ejecutiva en virtud de la excepción de falta de personería fundada en ciertos hechos y antecedentes jurídicos no discutidos ni propuestos en el juicio, siendo que la excepción de falta de personería opuesta por el ejecutado se fundaba en hechos y antecedentes diversos. La circunstancia de referirse el vicio en que se funda el recurso de casación á los términos en que aparecen redactados los considerandos del fallo recurrido, y la de que el tribunal sentenciador se haya limitado en la parte dispositiva de dicha resolución á declarar admitida la excepción de falta de personería, no modifica el aspecto jurídico de la cuestión, por cuanto esos considerandos son en este caso parte integrante y sustancial de lo dispositivo del fallo, ya que sin ellos no tendría este existencia ni significado alguno legal.—Mismo fallo.
3. *Causal.—Contribución.— Instrumento privado.—Prueba.— Testigos.—Título ejecutivo.*— Opuesta solamente la excepción de pago á una ejecución, y no la de falta de alguno de los requisitos legales para que el título tenga fuerza ejecutiva, contemplada en el artículo 485 número 7.° del Código de Procedimiento Civil, la sentencia recurrida no pudo ni debió fallar otra excepción que la única opuesta y al hacerlo no ha podido infringir dicho artículo.—Cas. 2 agosto 1907. . I 415
4. La sentencia que da lugar á la ejecución y ordena el pago de la multa á la persona que presentó un documento en papel incompetente, no infringe los artículos 462 y 485 número 7.° del Código de Procedimiento Civil, ni los artículos 8 y 11 de la ley de 1.° de septiembre de 1874, si el ejecutado no reclamó del mandamiento de ejecución y sólo opuso la excepción de pago y no la del artículo 485 número 7.° y si sólo estando la causa en estado de sentencia observó que el documento había sido extendido en papel sellado del bienio anterior al de su fecha.—Mismo fallo.

EXCEPCIÓN DILATORIA

Considerandos. — Contradicciones del fallo.— Litis-pendencia.—Aun cuando la excepción dilatoria de litis-pendencia puede resolverse antes de la contestación de la demanda y promoverse por vía de incidente en el curso del juicio, si las partes han aceptado discutirla en el juicio con las demás excepciones opuestas y respecto de todas ellas ha recaído la resolución del Tribunal, la circunstancia de haber sido resuelta esa excepción en la sentencia definitiva, no es motivo para anular el fallo, ya que no es causa legal de casación en la forma.—Cas. 27 septiembre 1906 . . . . . I 123

EXCEPCIÓN PERENTORIA

Competencia.—Pensiones militares.—La excepción de falta de jurisdicción de la justicia ordinaria opuesta por el Fisco en una demanda sobre cobro de pensiones militares, por tratarse en ésta de obtener la modificación de una resolución dictada por otra autoridad pública en ejercicio de sus atribuciones, no es una excepción dilatoria de incompetencia ó simple declinatoria de jurisdicción, sino una excepción perentoria que debe ser resuelta en la sentencia definitiva.—Cas. 6 noviembre 1906 . . . . . I 58

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

1. *Casación de oficio.—Citación para sentencia.—Delegación. —Mandato.*—Es nula la sentencia de segunda instancia pronunciada sin que una de las partes haya expresado agravios ni haya sido citada para sentencia, debido á que el procurador obraba sin poder suficiente. — Cas. 27 noviembre 1905. . . . . I 28
2. *Improcedencia.—Litis-contestación.*— Habiendo reconocido plenamente el demandado el derecho del demandante á mensurar ciertas pertenencias auríferas, limitándose á sostener que tenía derecho preferente á la mensura, quedó trabada la litis entre las partes únicamente sobre la preferencia para mensurar dichas pertenencias y la manera como el demandado debía mensurar las suyas, y sobre estos puntos recayó exclusivamente el fallo de primera instancia.—En consecuencia, la petición formulada por primera vez en el juicio en el escrito de expresión de agravios, á fin de que se declare que el demandante no tiene derecho alguno á las pertenencias de que se trata no puede ser objeto del fallo definitivo. Cas. 31 diciembre 1906. . . . I 152
3. *Anuncio.—Citación para sentencia.—Improcedencia.—Plazo.—Poder.— Procurador de turno.*—Constituído legalmente el mandato para segunda instancia, el mandatario tiene facultad bastante para representar á su mandante en todas las segundas intancias de la causa con arreglo á los artículos 8 y 11 del Código de Procedimiento Civil y su representación no caduca sino por la revocación de su mandato ó por otras causas legales.—Por consiguiente, hecha la expresión de agravios y notificada la citación para sentencia á un procurador que entró como procurador de turno á representar á la parte que gozaba de privilegio de pobreza, y la representó en diversas apelaciones con su aquiescencia, la sentencia que se dicte no adolece de nulidad por la circunstancia de haber representado á la misma parte, en la primera apelación de la causa, otro procurador que en aquella fecha se hallaba de turno.—Cas. 18 julio 1906. . . . . I 232

EXPROPIACIÓN

Avalúo.—Causal.—Competencia. Juicio de hacienda.—Nulidad. —Prescripción.— Fijado por una ley de expropiación el plazo de veinte días para reclamar del avalúo practicado y reclamado oportunamente este avalúo, si el reclamante deja trascurrir más de cuatro años sin proseguir en la tramitación del juicio, prescribe su acción, y no puede alegar la interrupción de la prescripción en conformidad al artículo 2503 del Código Civil.—Cas. 19 agosto 1907. . . . . I 421

la sucesión de su abuelo.—C. A. 11 diciembre 1906 . . . . . II 161

HIJO LEGÍTIMO

1. *Crianza.—Segundas nupcias—Sociedad conyugal.* — Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos son de cuenta de la sociedad conyugal, pero si el hijo tuviere bienes propios se podrán sacar de ellos los gastos de su establecimiento y sólo en caso de necesidad los de su crianza y educación.—C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II 52
2. Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento del hijo incumben al sobreviviente en la misma forma anterior.—Mismo fallo.
3. En conformidad á lo dispuesto en el número 5.° del artículo 1750 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y de los descendientes comunes y de toda carga de familia, y se mirarán como tales los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado á dar á sus descendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, pudiendo el juez moderar esos gastos si le parecieren excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge.—En consecuencia, si una mujer que tiene un hijo menor de un matrimonio precedente contrae segundas nupcias y aporta á este matrimonio bienes suficientes para atender á la crianza y educación de este hijo, no hay necesidad de recurrir á los bienes del menor, y debe desecharse la demanda del segundo marido que, muerta la madre, cobra los gastos de crianza y educación de ese hijo durante el tiempo que su madre lo retuvo á su lado para prodigarle sus atenciones y cuidados.—Mismo fallo.
4. *Estado civil. — Prueba.* — La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que los padres lo hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres.—C. A. 8 noviembre 1906 . . . . . II 67
5. La posesión notoria del estado civil, para servir de prueba de este estado, debe durar diez años continuos por lo menos.—Mismo fallo.
6. No es prueba bastante de la posesión notoria del estado de hijo legítimo, la declaración de testigos que no pueden aseverar que la persona que pretende dicho estado haya vivido más de diez años al lado de sus padres, que se limitan á decir que esa persona era tenida entre todos los que la conocían y ha sido siempre considerada por sus relaciones sociales como hija legítima de tales padres, pero no que éstos la hubieran tratado como hija legítima y la hubieran presentado en ese carácter á sus deudos y amigos.—Mismo fallo.
7. *Hijo natural. — Legítima. — Reforma. — Testamento.* — Lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma es su legítima rigorosa ó la efectiva en su caso. —Instituídos herederos conjuntamente en un testamento el hijo legítimo con los naturales, sin disponerse á favor de éstos expresamente de cuota alguna, no puede sufrir menoscabo la legítima del primero, que se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa, más la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, y en la cuarta restante de libre disposición deben concurrir el hijo legítimo y los naturales.—Esta solución guarda conformidad con la voluntad de la testadora y en este sentido debe reformarse la referida disposición testamentaria.—C. A. 13 noviembre 1906 . . . . . II 100

HIJO NATURAL

1. *Curador.*—Reconocido un menor como hijo natural por su padre y aceptado este reconocimiento con las solemnidades legales por el curador especial que se le nombró al efecto, se defiere al padre la guarda legítima del hijo natural y este llamamiento pone fin á la guarda en que se hallaba el menor, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 368 del Código Civil.—Cas. 27 mayo 1907 . . I 245
2. *Efecto retroactivo.—Legitimación.*—Según el artículo 165 del Código Civil boliviano es hijo natural aquel cuyos padres eran capaces de contraer matrimonio libremente y sin dispensa en el tiempo en que fué concebido, y según al artículo siguiente, el reconocimiento de hijo natural puede hacerse por instrumento público.—C. A. 2 agosto 1906 . . . . . II 11
3. El matrimonio de los padres contraído durante la vijencia de la ley chilena legítima "ipso jure" á los hijos naturales reconocidos bajo el imperio de la legislación boliviana.—Mismo fallo.
4. *Efecto retroactivo.—Heredero. —Madre natural.*—Según el Código Civil peruano, el hijo ilegítimo que no es espúreo por no tener sus padres impedimento para casarse al tiempo de la concepción, tiene la calidad de hijo natural respecto de su madre sin necesidad de reconocimiento, el cual es exigido por la ley sólo para el padre.—C. A. 3 septiembre 1906 . . . . . II 33
5. La madre natural que ha adquirido este estado civil en conformidad á la legislación peruana, tiene derecho para heredar á su hijo de acuerdo con la legislación chilena.—Mismo fallo.
6. *Hijo legítimo. — Legítima.— Reforma. — Testamento.* — Lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma es la legítima rigorosa ó la efectiva en su caso.—Instituídos herederos conjuntamente en un testamento el hijo legítimo con los naturales, sin disponer á favor de éstos expresamente de cuota alguna, no puede sufrir menoscabo la legítima del primero, que se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa, más la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, y en la cuarta restante de libre disposición deben concurrir el hijo legítimo y los naturales.—Esta solución guarda conformidad con la voluntad de la testadora y en este sentido debe reformarse la referida disposición testamentaria.—C. A. 13 noviembre 1906 . . . II 100

HIPOTECA

1. *Acreedor hipotecario. — Renuncia.* — Hipotecadas dos ó más propiedades en garantía de una misma deuda, el acreedor puede perseguir á su elección y por el total de la deuda cualquiera de los predios hipotecados, porque la hipoteca es indivisible.—Cas. 19 julio 1907 . . . . . I 328
2. El dueño de uno de estos predios no puede oponerse á la acción del acreedor, exigiéndole que se dirija conjuntamente en contra de las distintas propiedades hipotecadas.—Mismo fallo.
3. La renuncia que hace el acreedor de parte de la garantía hipotecaria no está prohibida por la ley y sólo mira al interés individual del renunciante. —Mismo fallo.
4. *Cosa juzgada.—Juicio ejecutivo.—Nulidad.—Precio.—Remate.— Salitreras. — Tasación.*— Aunque el tercer poseedor de la finca hipotecada no sea citado para los trámites del juicio ejecutivo entre el acreedor y el deudor personal, en que es embargada y subastada la finca hipotecada de que el tercero se desapodera forzada ó voluntariamen-

lo formaliza en el término legal.—Cas. 20 octubre 1906. . I 145

3. *Improcedencia.—Plazo.* — Si se anuncia conjuntamente los recursos de casación en la forma y en el fondo, debe aquel formalizarse siempre dentro del plazo de cinco días.—Cas. 12 marzo 1906 . . . . . I 152

4. *Casación en el fondo.—Causal.—Cuentas. — Curador. — Entrega.—Parte agraviada.—Prescripción.*—Es improcedente la causal de casación que se invoca después de formalizado el recurso.—Cas. 20 noviembre 1906 . . . . . I 161

5. *Aguas.—Apreciación.—Causal.—Instrumento privado.—Omisión. — Prescripción. — Prueba.—Reclamación—Reivindicación.—Sentencia.*—Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género, y por consiguiente es inadmisible la causal fundada en la violación de un artículo que no se alegó al formalizarlo.—Cas. 10 julio 1907 . . . . . I 355

6. *Causa.—Causales.—Error.*—Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No pueden por consiguiente, considerarse causales de casación no alegadas en la formalización del recurso, sino sólo al fundarlo.—Cas. 29 agosto 1907 I 452

7. *Anuncio.—Omisión.—Sentencia.*—Es procedente el recurso de casación formalizado dentro del término que concede la ley para anunciarlo, porque no hay disposición legal que prohiba anunciar y formalizar á la vez el recurso de casación y por el contrario el artículo 950 número 2.° del Código de Procedimiento Civil sólo exige para la procedencia del recurso el que se interponga en tiempo.—C. A., 7 noviembre 1906 . . . II 81

FUERZA MAYOR

Impedimento.—Legitimación. Notificación.—Plazo. — Puede extenderse el instrumento de legitimación después de expirado el plazo de treinta días que señala la ley, si habiendo solicitado los padres el otorgamiento antes de su vencimiento, no pudo ello tener lugar por la práctica de otras diligencias ordenadas por el juez, las cuales importan fuerza mayor.—C. A., 5 septiembre 1906 II 36

H

HECHOS V. *Apreciación de los hechos.*—

HEREDERO

1. *Cosa juzgada.—Cuentas.—Curador.—Fiador.—Juicio ejetivo.—Notificación.—Sentencia definitiva.—Título ejecutivo.*—La sentencia recaída en el juicio seguido por rendición de cuentas contra un curador, no es título ejecutivo contra el fiador de dicho curador, si éste no ha sido parte ni ha intervenido en forma alguna en aquel juicio de rendición de cuentas. —La notificación de la sentencia dictada en el juicio de cuentas, hecha á los herederos del fiador para los efectos del artículo 1377 del Código Civil, no altera su situación, ya que no los constituye partes en el juicio y presupone la existencia de un título ejecutivo en contra de su causa-habiente.—Cas. 15 diciembre 1906 . . . I 305

2. *Efecto retroactivo.—Hijo natural.—Madre natural.*—La madre natural que ha adquirido este estado en conformidad á la legislación peruana, tiene derecho para heredar á su hijo de acuerdo con la legislación chilena.—C. A. 3 septiembre 1906 . . . . . II 33

HEREDERO Á TITULO UNIVERSAL

1. *Asignación testamentaria.—Fallecimiento.—Parte agraviada.—Remanente.—Suspensión del procedimiento.—Usufructo.*—Son herederos del remanente aquellos á quienes el testador deja bienes determinados y además todo lo que se reconozca por suyo; y por consiguiente tienen acción para reclamar la entrega de bienes pertenecientes al testador y de que éste no dispuso expresamente. — Cas. 26 noviembre 1906 . . . . . I 53

2. *Confesión.—Deudas hereditarias.—Porción conyugal.—Principio de prueba por escrito.—Prueba.—Sociedad conyugal.*—Los asignatarios á título universal son herederos y representan al testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles.—El cónyuge á quien por cuenta de porción conyugal ha cabido, á título universal, alguna parte en la sucesión del difunto es responsable á prorrata de esa parte, como los herederos por sus respectivas cuotas, y las deudas hereditarias se dividen tambien á prorrota de sus cuótas.—C. A., 16 noviembre 1906 II 73

HERMANO LEGÍTIMO

1. *Alimentos.*—El hermano legítimo debe alimentos á su hermana, aunque ésta tenga marido vivo, si la ocupación del marido no le proporciona lo necesario para sustentar la vida y si ambos cónyuges son enfermos y están imposibilitados para ganar más y no existe otra persona obligada de preferencia que se encuentre en aptitud de completar los alimentos necesarios.—Cas. 20 septiembre 1907 . . . . . I 465

2. Al decir el artículo 326 del Código Civil, que fija el orden en que deben hacerse valer los diferentes títulos alimenticios por el que reúne varios de ellos, que el de los hermanos legítimos «no tendrá lugar sino á falta de todos los otros», debe entenderse en el sentido de que un título falta jurídicamente cuando él es insuficiente ó ineficaz, sin que sea necesario que falte real ó materialmente la persona.—Mismo fallo.

HIJO

1. *Alimentos.—Cónyuges.—Divorcio.—Patria potestad.—Potestad marital.—Sociedad conyugal.*—Si el marido en el estado normal del matrimonio, se niega á dar á la mujer lo necesario según sus facultades, para su mantención y la de los hijos que viven á su lado, puede la mujer exigir judicialmente el cumplimiento de esta obligación.—Cas. 19 abril 1907. I 186

2. Si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley le confiere no lo autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio, restableciendo el régimen correcto y legal, y ordenando al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por ley tienen derecho.—Mismo fallo.

3. *Estado civil.—Indígena.*—La posesión notoria del estado de padre, madre, marido, mujer ó hijo, debe tenerse como título bastante para constituir á favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes en favor de los padres, cónyuges é hijos legítimos, en virtud de lo dispuesto por la ley de 4 de agosto de 1874.—Por consiguiente, reconocida la calidad de indígena del demandante, le basta probar la posesión notoria del estado de hijo de la mujer cuya herencia reclama, aunque no pruebe quién fué su padre, para que se le declare como heredero legítimo de su madre y como representante de ésta en

la sucesión de su abuelo.—C. A. 11 diciembre 1906 . . . . . II 161

HIJO LEGÍTIMO

1. *Crianza.—Segundas nupcias—Sociedad conyugal.* — Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos son de cuenta de la sociedad conyugal, pero si el hijo tuviere bienes propios se podrán sacar de ellos los gastos de su establecimiento y sólo en caso de necesidad los de su crianza y educación.—C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II 52
2. Muerto uno de los padres, los gastos de la crianza, educación y establecimiento del hijo incumben al sobreviviente en la misma forma anterior.—Mismo fallo.
3. En conformidad á lo dispuesto en el número 5.° del artículo 1750 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y de los descendientes comunes y de toda carga de familia, y se mirarán como tales los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado á dar á sus descendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, pudiendo el juez moderar esos gastos si le parecieren excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge.—En consecuencia, si una mujer que tiene un hijo menor de un matrimonio precedente contrae segundas nupcias y aporta á este matrimonio bienes suficientes para atender á la crianza y educación de este hijo, no hay necesidad de recurrir á los bienes del menor, y debe desecharse la demanda del segundo marido que, muerta la madre, cobra los gastos de crianza y educación de ese hijo durante el tiempo que su madre lo retuvo á su lado para prodigarle sus atenciones y cuidados.—Mismo fallo.
4. *Estado civil. — Prueba.* — La posesión notoria del estado de hijo lejítimo consiste en que los padres lo hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres.—C. A. 8 noviembre 1906 . . . . . II 67
5. La posesión notoria del estado civil, para servir de prueba de este estado, debe durar diez años continuos por lo menos.—Mismo fallo.
6. No es prueba bastante de la posesión notoria del estado de hijo legítimo, la declaración de testigos que no pueden aseverar que la persona que pretende dicho estado haya vivido más de diez años al lado de sus padres, que se limitan á decir que esa persona era tenida entre todos los que la conocían y ha sido siempre considerada por sus relaciones sociales como hija legítima de tales padres, pero no que éstos la hubieran tratado como hija legítima y la hubieran presentado en ese carácter á sus deudos y amigos.—Mismo fallo.
7. *Hijo natural. — Legítima. — Reforma. — Testamento.* — Lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma es su legítima rigorosa ó la efectiva en su caso. —Instituídos herederos conjuntamente en un testamento el hijo legítimo con los naturales, sin disponerse á favor de éstos expresamente de cuota alguna, no puede sufrir menoscabo la legítima del primero, que se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa, más la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, y en la cuarta restante de libre disposición deben concurrir el hijo legítimo y los naturales.—Esta solución guarda conformidad con la voluntad de la testadora y en este sentido debe reformarse la referida disposición testamentaria.—C. A. 13 noviembre 1906 . . . . . II 100

HIJO NATURAL

1. *Curador.*—Reconocido un menor como hijo natural por su padre y aceptado este reconocimiento con las solemnidades legales por el curador especial que se le nombró al efecto, se defiere al padre la guarda legítima del hijo natural y este llamamiento pone fin á la guarda en que se hallaba el menor, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 368 del Código Civil.—Cas. 27 mayo 1907 . . I 245
2. *Efecto retroactivo.—Legitimación.*—Según el artículo 165 del Código Civil boliviano es hijo natural aquel cuyos padres eran capaces de contraer matrimonio libremente y sin dispensa en el tiempo en que fué concebido, y según al artículo siguiente, el reconocimiento de hijo natural puede hacerse por instrumento público.—C. A. 2 agosto 1906 . . . . . II 11
3. El matrimonio de los padres contraído durante la vijencia de la ley chilena legítima "ipso jure" á los hijos naturales reconocidos bajo el imperio de la legislación boliviana.—Mismo fallo.
4. *Efecto retroactivo.—Heredero. —Madre natural.*—Según el Código Civil peruano, el hijo ilegítimo que no es espúreo por no tener sus padres impedimento para casarse al tiempo de la concepción, tiene la calidad de hijo natural respecto de su madre sin necesidad de reconocimiento, el cual es exigido por la ley sólo para el padre.—C. A. 3 septiembre 1906 II
5. La madre natural que ha adquirido este estado civil en conformidad á la legislación peruana, tiene derecho para heredar á su hijo de acuerdo con la legislación chilena.—Mismo fallo.
6. *Hijo legítimo. — Legítima.— Reforma. — Testamento.* — Lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma es la legítima rigorosa ó la efectiva en su caso.—Instituídos herederos conjuntamente en un testamento el hijo legítimo con los naturales, sin disponer á favor de éstos expresamente de cuota alguna, no puede sufrir menoscabo la legítima del primero, que se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa, más la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, y en la cuarta restante de libre disposición deben concurrir el hijo legítimo y los naturales.—Esta solución guarda conformidad con la voluntad de la testadora y en este sentido debe reformarse la referida disposición testamentaria.—C. A. 13 noviembre 1906 . . . II 100

HIPOTECA

1. *Acreedor hipotecario. — Renuncia.* — Hipotecadas dos o más propiedades en garantía de una misma deuda, el acreedor puede perseguir á su elección y por el total de la deuda cualquiera de los predios hipotecados, porque la hipoteca es indivisible.—Cas. 19 julio 1907 . . . . . I 328
2. El dueño de uno de estos predios no puede oponerse á la acción del acreedor, exigiéndole que se dirija conjuntamente en contra de las distintas propiedades hipotecadas.—Mismo fallo.
3. La renuncia que hace el acreedor de parte de la garantía hipotecaria no está prohibida por la ley y sólo mira al interés individual del renunciante. —Mismo fallo.
4. *Cosa juzgada.—Juicio ejecutivo.—Nulidad.—Precio.—Remate.—Salitreras. — Tasación.*— Aunque el tercer poseedor de la finca hipotecada no sea citado para los trámites del juicio ejecutivo entre el acreedor y el deudor personal, en que es embargada y subastada la finca hipotecada de que el tercero se desapodera forzada ó voluntariamen-

te, le afecta tanto el procedimiento judicial como la sentencia de ese juicio ejecutivo. Con ello no se viola el derecho de propiedad, puesto que el efecto natural del contrato de hipoteca consentido por el dueño, es el de la enajenación judicial de la finca.—Cas. 25 julio 1907. I 375

5. La intervención que el dueño de una finca hipotecada ha tenido en el juicio ejecutivo seguido contra la sociedad de que era socio, á la cual había aportado la finca hipotecada por dicha sociedad, aún en el supuesto de no haberse desprendido del dominio de ella, importa la aceptación de la hipotecación y del procedimiento ejecutivo. —Mismo fallo.

6. No infringe, por lo tanto el principio de la cosa juzgada el tribunal que para rechazar la demanda del dueño que solicita la nulidad de la subasta por no haber figurado en su carácter de tal en el juicio, sino como representante del deudor personal, toma en cosideración las resoluciones que en dicho juicio dispusieron la subasta y aprobaron la tasación de la finca.—Mismo fallo.

7. *Acción real.—Censo.* — Gravada una propiedad con un censo y constituida hipoteca sobre ella en garantía, si esta propiedad se divide después, puede el censualista cobrar el total de los réditos debidos al dueño de una parte de la finca, porque la acción que ejercita es real é indivisible y puede ser dirigida contra aquel que posee en todo ó parte la cosa acensuada, sin perjuicio de su derecho para repetir contra quien viere convenirle.—C. A.—3 diciembre 1906 . . . . . II 132

I

IMPEDIMENTO

Fuerza mayor.—Legitimación.—Notificación.—Plazo.—El hecho de haberse celebrado el matrimonio en lugar donde no hay notario público constituye un impedimento grave para no otorgar el instrumento de legitimación á la fecha de la celebración del matrimonio.—C. A. 5 septiembre 1906 . . . . . II 36

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

I. Por la naturaleza de la causa ó sentencia;
II. Por falta de reclamación del vicio;
III. Por defecto en el anuncio;
IV. Por defecto en la formalización.

I

1. *Expresión de agravios.—Litis-contestación.*—Es improcedente el recurso de casación en el fondo deducido contra una sentencia en que no existe infracción que haya influido sustancialmente en lo dispositivo al fallo. Si el Tribunal de Aizada consigna en su sentencia consideraciones jurídicas referentes á una petición que se formuló por primera vez en el juicio en la expresión de agravios, y que no guardan, por tanto, congruencia con las peticiones de la demanda y contestación ni con la cuestión que fué materia de la sentencia de primera instancia, en el supuesto de que en esas consideraciones se hubiera incurrido en algún error legal, tal error no tendría influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, si éste se basó, además, para confirmar la resolución apelada, en otras consideraciones y en las de la sentencia de primera instancia que tenían relación directa con la cuestión debatida en el juicio.—Cas. 31 diciembre 1906. . . . . I 152

2. *Curador.— Remoción. — Sentencia interlocutoria.*—Es improcedente el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia que recae en un incidente sobre el nombramiento de curador interino para mientras pende el juicio de remoción del propietario, porque tal sentencia no es definitiva ni interlocutoria que ponga término al juicio ó haga imposible su continuación. —Cas. 11 junio 1907. . . . . I 283

3. *Competencia.—Pensiones militares.—Sentencia interlocutoria.*—La sentencia que se pronuncia sobre la competencia de la justicia ordinaria para conocer de una demanda es interlocutoria que no pone término al juicio ni hace imposible su continuación y no procede, por tanto, en su contra el recurso de casación.—Cas. 22 julio 1907 . . . . . I 334

II

4. *Admisibilidad.— Mensura.— Reclamación. — Sentencia aprobatoria de mensura. — Sentencia interlocutoria.*—No es admisible el recurso de casación contra la sentencia confirmatoria de la de primera instancia, por vicios que, en caso de existir, se habrían cometido en ésta, y de que no se reclamó oportunamente por la vía de la casación. —Cas. 16 octubre 1906 . . . . . I 57

5. *Apreciación.—Causales.—Reclamación.*—No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera por vicios que, en el supuesto de existir, se habrían cometido en ésta y de que no se reclamó oportunamente, no pudiendo estimarse como reclamación suficiente el hecho de que el abogado los hiciera presente en el alegato de la causa. —Cas. 10 julio 1906..... I 71

6. *Omisión. — Reclamación.* — Cuando los vicios ó defectos en que se funda el recurso de casación en la forma, en caso de existir, habrían tenido lugar en la sentencia de primera instancia, y de estos vicios ó defectos no se reclamó ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, es improcedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones.—Cas. 21 noviembre 1906..... I 111

7. *Reclamación.*—Cuando el vicio ó defecto en que se funda el recurso de casación en la forma, en caso de existir, habría tenido lugar en la sentencia de primera instancia, y de este vicio ó defecto no se reclamó ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, es improcedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones.—Cas. 8 marzo 1907 . . I 117

8. *Reclamación.*—No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia que se limita á confirmar la de primera instancia, por vicios que, en caso de ser efectivos, afectarían á ésta, y que no fueron reclamados oportunamente. — Cas. 21 marzo 1906 . . . . . I 160

9. *Contradicciones del fallo.— Reclamación.—Reserva de derechos.*—Es improcedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que se funda en una causal que, en caso de existir, importaría un vicio en que habría incurrido la sentencia de primera instancia no reclamado por el recurrente. —Cas. 10 abril 1907 . . . . . I 177

10. *Reclamación.*—No es procedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia por defectos ó vicios de forma en que se pudo incurrir en la de primera instancia y de que no se reclamó oportunamente. — Cas. 22 abril 1907 . . . . . I 185

11. *Cosa juzgada.—Reclamación.* —No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia por vicios de que puede adolecer el fallo de primera instancia no reclamados oportunamente. —Cas. 13 agosto 1907 . . . I 460

III

12. *Anuncio.—Citación para sentencia.— Expresión de agravios.—Plazo. — Poder.— Pro-*

Curador de turno.—Es improcedente el recurso de casación en el fondo anunciado fuera del plazo legal. — Cas. 7 mayo 1907. . . . . I 232

IV

13. *Formalización. — Multa.— Plazo.*—Es improcedente el recurso de casación formalizado después del plazo que concede la ley. La cuarta parte de la suma consignada debe aplicarse á beneficio fiscal si la parte que ha anunciado el recurso no lo formaliza en el término legal. Cas. 20 octubre 1906 . . . I 145
14. *Formalización. —Plazo.*—Si se anuncian conjuntamente los recursos de casación en la forma y en el fondo, debe aquel formalizarse siempre dentro del plazo de cinco días.—Cas. 12 marzo 1906 . . . . . I 152

IMPUESTO.—V. *Contribución.*

INADMISIBILIDAD del recurso de casación.—V. *Improcedencia.*

INCOMPETENCIA.—V. *Competencia.*

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. V. *Perjuicios.*

INDÍGENA

Estado Civil—Hijo.—La posesión notoria de estado del padre, madre, marido, mujer ó hijo, debe tenerse como título bastante para constituir á favor de los indígenas los mismos derechos hereditarios que establecen las leyes comunes en favor de los padres, cónyuges é hijos legítimos, en virtud de lo dispuesto por la ley de 4 de agosto de 1874. Por consiguiente, reconocida la calidad de indígena del demandante, le basta probar la posesión notorio del estado de hijo de la mujer cuya herencia reclama, aunque no pruebe quien fué su padre, para que se le declare como heredero legítimo de su madre y como legítimo representante de ésta en la sucesión de su abuelo.—C. A. 11 diciembre 1906 . . . . . II 164

INHIBITORIA

Competencia. — Trabada una cuestión de competencia por inhibitoria entre tribunales de igual jerarquía que dependen de superiores diversos, sólo es competente para resolver dicha cuestión el superior del tribunal requerido.—C. A. 5 diciembre 1906 . . . . . II 134

INJURIA

Dependiente. Perjuicios.—Resolución.—Las imputaciones injuriosas contra el honor ó el crédito de una persona no dan derecho, por regla general, al pago de una indemnización pecuniaria, á menos de probarse daño emergente ó lucro cesante apreciable en dinero y no procede por lo demás la indemnización si se prueba la verdad de la imputación y si ella no es injuriosa.—C. A. 19 noviembre 1905 . . . . . II 108

INMUEBLES.— V. *Bienes inmuebles.*

INSCRIPCIÓN

1. *Caducidad. — Censo. — Citación. — Título ejecutivo* -La inscripción de la constitución del censo ordenada por la ley, no tiene el mismo alcance que la inscripción de la hipoteca, puesto que en ésta se inscribe una obligación accesoria encaminada á garantir una obligación principal, sin la cual no podría existir, mientras que en la inscripción del censo se inscribe el censo mismo, ó sea el acto ó contrato único que subsiste por sí sólo y que no puede caducar sino por las causas expresamente determinadas por la ley.— Cas. 22 septiembre 1906. . . . . I 65
2. *Causales. — Dominio. — Legado.—Modos de adquirir.— Sucesión. — Tradición.—Tercería.*—La persona instituída en testamento como legataria de un inmueble, adquiere el dominio de él por el hecho de la muerte de la testadora, y esta adquisición no queda sin efecto por la enajenación que posteriormente haga de ese inmueble á un tercero la albacea de la testadora, aunque esa enajenación se inscriba, siempre que no haya transcurrido el tiempo necesario para que prescriba el derecho del legatario. —Cas. 3 noviembre 1906.... I 147
3. Procede, en consecuencia, la tercería de dominio interpuesta por el legatario, en la ejecución seguida por un curador hipotecario contra el tercero á quien la albacea donó el inmueble, pues ese tercero no adquirió el dominio por la tradición que le hizo la albacea, ni por prescripción por no haber transcurrido en este caso el tiempo necesario.—Mismo fallo.
4. *Acción posesoria.— Posesión.* —No puede entablar acción posesoria sino el que pruebe haber estado en posesión real, tranquila y no interrumpida por un año completo, del terreno á que se refiere la querella, y esta prueba debe rendirse acreditando hechos positivos de aquellos á que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones ó sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión. Estos hechos no se acreditan con la simple presentación de un título inscrito, porque la inscripción es un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, lo cual únicamente caracteriza la posesión, y es indudable que la inscripción excepcionalmente exigida respecto de ciertos bienes por el artículo 724 del Código Civil, debe concurrir con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión.—Cas. 23 octubre 1906. . . . . II 8[illegible]

INSCRIPCIONES ELECTORALES — V. *Registros electorales.*

INSTRUMENTO PRIVADO

1. *Aguas.—Apreciación. — Causal. — Formalización. —Prescripción.— Prueba.—Reclamación.—Reivindicación. — Sentencia.*—No viola el artículo 1703 del Código Civil la sentencia que toma en cuenta documentos privados para establecer los hechos del pleito, si de ella misma aparece que no les ha dado el alcance de prueba decisiva y única, sino sólo de presunciones ó de antecedentes complementarios de la prueba testimonial.— Cas. 10 julio 1907 . . . . . I 55[illegible]
2. *Causal.—Contribución. — Excepciones.—Prueba.—Testigos. —Título ejecutivo.*—No puede fundarse un recurso de casación en la infracción del artículo 1702 del Código Civil si, lejos de haber sido reconocido el documento en que se funda la excepción en el juicio, fué terminantemente desconocida su firma y no fué mandado tener por reconocido. —Cas. 9 agosto 1907 . . . . . I 41[illegible]

INSTRUMENTO PÚBLICO

1. *Agregación de documentos.— Casación en la forma.—Causales.—Competencia.—Prueba. —Testigos.*—El documento en que se contiene la copia de la declaración de un testigo prestada ante otro juez es prueba instrumental, y debe ser reputado como público; la calificación de su valor jurídico corresponde á los jueces de la causa al valorar en definitiva la fuerza de las pruebas aducidas.—Cas. 5 octubre 1906. I 25
2. *Apreciación. — Falsedad.— Prueba.— Testamento.*—El artículo 1700 del Código Civil se refiere á los instrumentos verdaderos, y nada estatuye acerca del modo y forma como deban redargüirse por la falsedad de que puedan adolecer.—Cas. 2 agosto 1907 . . . . . I 4[illegible]
3. Las leyes penales y civiles [illegible]

en especial los artículos 344 y 432 del Código de Procedimiento Civil, permiten expresamente impugnar la autenticidad de todo instrumento público y privado ó probar las suplantaciones cometidas, y aceptan como medios probatorios del hecho, tanto el cotejo de letras, como los que «las leyes autoricen para la prueba del fraude», con la restricción del artículo 432 citado, para cuando se procure invalidar una escritura pública con sólo prueba testimonial.—Por consiguiente, y no tratándose de este caso, son admisibles todos los medios probatorios para probar que un testamento es falsificado y por tanto, nulo.—Mismo fallo.

4. *Legitimación.—Reforma.—Testamento.*—La legitimación por matrimonio posterior á la concepción, cuando no se produce ipso jure, sólo puede conferirse mediante el otorgamiento del instrumento público dispuesto por el artículo 208 del Código Civil y no tiene este carácter una acta extendida sólo por el padre ante un oficial del Registro Civil.—C. A. 1°. diciembre 1906 . . . . . II 153

INTEGRACIÓN

Certificado.—Relator.—No es nula la sentencia del Tribunal de Alzada integrado en conformidad á la ley con el Fiscal del mismo Tribunal, si esta integración se puso en conocimiento de las partes antes de comenzar la vista de la causa.—Queda establecido este hecho con el certificado del relator de la causa que expone que puso en conocimiento de las partes dicha integración, no habiéndose rendido prueba para acreditar la inexactitud de este certificado.—Cas. 8 mayo 1907 . I 242

INTERDICTOS.—V.—*Querella.—Acción posesoria.*

INTERESES

Mora.—Retención.—No incurre en mora ni está obligado al pago de los intereses respectivos el deudor que no paga al acreedor en el plazo convenido, si antes del vencimiento se le notifica en forma legal una orden judicial de retener en su poder la suma debida, orden decretada á petición de un tercero.—Si bien el deudor pudo libertarse de toda responsabilidad consignando en un banco ó en arcas fiscales á la órden judicial la cantidad debida, no estaba obligado á hacerlo, y por no haber ejercido una facultad no puede incurrir en penas que la ley reserva para faltas en el cumplimiento de obligaciones. — Cas. 3 julio 1907 . . . . . I 341

INTERPRETACIÓN

Apreciación.— Compraventa.— Ley del contrato.—Moneda.— Precio.—Reducida la litis á determinar la interpretación que debe darse á la estipulación de un contrato relativa á la forma del pago del precio de ciertas mercaderías, la interpretación dada á esa cláusula por el tribunal sentenciador es una apreciación de hecho que escapa á la censura del tribunal de casación.—Cas. 17 agosto 1907 . . . . . I 405

INVALIDEZ.—V. *Pensiones militares.*

J

JUEZ DE AGUAS

1. *Aguas.—Casación en el fondo.*—La ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, dejó subsistente el cargo de juez de aguas creado por la Ordenanza de 3 de enero de 1872, de modo que la mera circunstancia de que esa ley traspasara á las Municipalidades, ó al juez de letras en su caso, las atribuciones que aquella Ordenanza confería al Presidente de la República en orden al establecimiento y suspensión de turnos, nombramiento de juez de aguas, etc., no es causal jurídica que haga caducar los nombramientos de los jueces de aguas que se hallaban en funciones cuando se dictó esa ley.—Cas. 12 diciembre 1906 . . . . . I 310
2. Los jueces de aguas, una vez nombrados, son funcionarios permanentes y no afecta esta permanencia el sometimiento á nuevo turno del río ó estero donde prestan sus servicios, ni tampoco la suspensión de esta medida.—Mismo fallo.
3. Sometido á turno un río por resolución de autoridad competente, ese estado no se altera, aún cuando después sobrevenga abundancia de aguas, y perdura de derecho hasta que el juez á quien corresponde suspenderlo lo dispone así á petición de parte y con conocimiento de causa. — Mismo fallo.
4. Durante el turno de los ríos pesan sobre los jueces todas sus obligaciones, haya ó no abundancia de aguas y por consiguiente, pesa también sobre los canalistas el deber de remunerarlos, sin que puedan excusarse con el pretexto de que, con la abundancia de aguas, se hacen innecesarios sus servicios.—Mismo fallo.
5. El juez de aguas sólo tiene derecho á la remuneración que establece la Ordenanza mientras el río ó estero está sometido á turno. Suspendido el turno, las funciones del juez son pasivas, cesan sus servicios y trabajos y es justo que cese también para los canalistas la obligación de remunerarlo.—Mismo fallo.

JUICIO DE HACIENDA

1. *Avalúo.-Causal.-Competencia. —Expropiación.—Nulidad.— Prescripción.*— Es nula por haber sido dictada por tribunal incompetente la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 26 de diciembre de 1902, en causa en que el Fisco tenía un interés directo y positivo, porque según lo dispuesto por la ley de 19 de enero de 1889, artículo 15, la Corte Suprema debía continuar conociendo de las causas de hacienda, jurisdicción que mantenía en esa fecha.—C. S. 22 agosto 1903.. I 421
2. *Competencia. — Descubridor. — Fisco — Manifestación. — Mina.*--Fuera de las minas cuya explotación se reserva el Estado, no tiene el Fisco interés especial en ninguna, ni siquiera por la falta de pago de la patente, porque esta omisión sólo trae como resultado la pérdida de la mina en favor de otro particular que la solicite, y si nadie la solicita, la patente se pierde para el Estado. En consecuencia, tratándose en el juicio de la manifestación de una mina de fierro, no puede estimarse ese juicio como causa de hacienda, y no procede, por tanto, la aplicación del artículo 5.° de la ley de 28 de agosto de 1902, que establece que el conocimiento de esas causas corresponde á la Corte de Apelaciones de Santiago.—C. A. 17 octubre 1906 . . . II 70

JUICIO EJECUTIVO.—V. *Acción ejecutiva.*

1. *Casación en la forma. — Considerandos. — Excepciones. — Personería. — Ultra-petita.*— La enumeración taxativa consignada en el artículo 485 del Código de Procedimiento Civil, de las distintas excepciones que pueden oponerse en un juicio ejecutivo, es meramente genérica ó fundamental y no singulariza ni determina los casos especiales que pueden hallarse comprendidos en cada uno de los diversos números que la componen. Para suplir está indeterminación de la ley, exige el artículo 486 del mismo Código, que al formalizar las excepciones se expresen con claridad y precisión no sólo los hechos y circunstancias particulares que les sirven de fun-

cuatro años que fija el artículo 1216 del Código Civil para pedir la reforma de un testamento, se refiere únicamente «á los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde», ó sea á aquellos á quienes el testador menciona como tales legitimarios y les asigna una porción de bienes inferior á la que debe tocarles.—Esta prescripción no es aplicable al caso del legitimario que, por haber sido pasado en silencio en el testamento, se entiende instituído heredero en su legítima.—Cas. 8 noviembre 1906..... I 10

LETRA DE CAMBIO

Cosa juzgada.—Juicio ejecutivo. —Juicio ordinario.—Reserva de derechos.—La sentencia recaída en juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado, salvo que antes de dictarse, el actor ó el reo pidiere reserva de sus acciones ó excepciones para deducirlas en el ordinario y el Tribunal así lo declare, existiendo motivos calificados, lo que siempre se concede respecto de acciones y excepciones no referentes á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución.—La demanda ordinaria debe interponerse dentro de quince días, bajo pena de no ser admitida después.—En consecuencia, desechada por sentencia la acción ejecutiva para el cobro de una letra de cambio, por ser ineficaz el protesto, y por no estar reconocida en forma legal la aceptación del librado al tiempo de despacharse el mandamiento de embargo, siendo dicha aceptación condición esencial para el pago de la letra, si el ejecutante no pide antes de la sentencia que se le reserve su acción para el juicio ordinario, ni interpone demanda ordinaria dentro de quince días de dictada la sentencia, la demanda ordinaria que después deduzca debe ser rechazada por inadmisible.—Cas. 25 julio 1907..... I 336

LEY DEL CONTRATO

Apreciación. — Compraventa. — Interpretación. — Moneda. — Precio.—Reducida la litis á determinar la interpretación que debe darse á la estipulación de un contrato, relativa á la forma de pago del precio de ciertas mercaderías, la interpretación dada á esa cláusula por el Tribunal sentenciador es una apreciación de hecho, que escapa á la censura del Tribunal de Casación.—Cas. 17 agosto 1907..... I 405

LISTA DE TESTIGOS.—V. *Testigos.*

LITIS

Apreciación. — Causales.— Descubridoras. — Mensura.—Paralelo 23.—Salitreras.—El Tribunal sentenciador no puede, sin incurrir en una ilegalidad, pronunciarse sobre una cuestión que no fué materia de discusión durante el juicio.—Trabada la cuestión en primera instancia sobre si las pertenencias descubridoras materias del juicio estaban mensuradas á menor distancia de cinco kilómetros, la sentencia de segunda instancia no podía resolver otro punto que el debatido y nó el referente á la distancia de diez kilómetros exigida en segunda instancia por el Fisco. Cas. 6 abril 1907. . . . . I 193

LITIS-CONTESTACIÓN

Expresión de agravios.—Improcedencia.—Habiendo reconocido plenamente el demandado el derecho de demandante á mensurar ciertas pertenencias auríferas, limitándose á sostener que tenía derecho preferente á la mensura, quedó trabada la litis entre las partes únicamente sobre la preferencia para mensurar dichas pertenencias y la manera como el demandado debía mensurar las suyas, y sobre estos puntos recayó exclusivamente el fallo de primera instancia.—En consecuencia, la petición formulada por primera vez en el juicio en el escrito de expresión de agravios, á fin de que se declare que el demandante no tiene derecho alguno á las pertenencias de que se trata, no puede ser objeto del fallo definitivo. —Cas. 31 diciembre 1906.....I 152

LITIS-PENDENCIA

Considerandos. — Contradicciones del fallo.—Excepción dilatoria.—Aun cuando la excepción dilatoria de litis pendencia puede resolverse antes de la contestación de la demanda y promoverse por vía de incidendente en el curso del juicio, si las partes han aceptado discutirla en el juicio con las demás excepciones opuestas y respecto de todas ellas ha recaído resolución del Tribunal, la circunstancia de haber sido resuelta esa excepción en la sentencia definitiva no es motivo para anular el fallo, ya que no es causa legal de casación en la forma.—Cas. 27 septiembre 1906. . . . . I 123

M

MADRE NATURAL

1. *Efecto retroactivo.—Heredero. —Hijo natural.*—Según el Código Civil Peruano, el hijo ilegítimo que no es espúreo por no tener sus padres impedimento para casarse al tiempo de la concepción, tiene la calidad de hijo natural respecto de su madre, sin necesidad de reconocimiento, el cual es exigido por la ley sólo para el padre.—C. A. 3 septiembre 1906..... II 33
2. La madre natural que ha adquirido este estado civil en conformidad á la legislación peruana, tiene derecho para heredar á su hijo de acuerdo con la legislación chilena.—Mismo fallo.

MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN

Apelación. - Juicio ejecutivo.— La resolución por la cual el juez ordena que se despache mandamiento de ejecución, es apelable.—C. A. 24 diciembre 1906..... II 159

MANDATO.—V. *Poder.*

Casación de oficio. — Citación para sentencia. — Delegación. —Expresión de agravios.— No representa válidamente al mandante el procurador en quien se delegó el mandato por el que á su vez era delegado del mandatario directo.— Cas. 27 noviembre 1905... I 28

MANIFESTACIÓN

Competencia. —Descubridor. - Fisco.— Juicio de hacienda. —Mina.—Es de rigor que cada descubridor se presente separadamente y en la forma prescrita por el artículo 29 del Código de Minería, esto es expresando su nombre y el de sus compañeros, si los tuviere, las señales más individuales y características del sitio donde se encuentra la cata, pozo ó labor donde se halló el mineral, la designación de su especie, el nombre que quiere dar á cada una de las tres pertenencias á que tiene derecho y la extensión expresada en hectáreas, que desea comprenda cada pertenencia. En consecuencia, es inaceptable la presentación por medio de una sola manifestación de trescientos descubridores que afirman haber descubierto minerales de hierro, y piden cada uno de ellos tres pertenencias de cinco hectáreas cada una, sin indicar ni siquiera someramente los deslindes de cada pertenencia ó sus señales características. — C. A. 17 octubre 1906 . . . . . II 70

MARIDO

Autorización judicial. — Bienes inmuebles.— Mujer casada.— Nulidad.—Prescripción.—Ratificación.— Rescisión.—Separación de bienes.—El marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, pero pierde el derecho de pedir la rescisión del contrato celebrado de ese modo, si ha ratificado expresamente dicho contrato.—C. A. 3 noviembre 1906 . . . . II 43

MENSURA

1. *Admisibilidad. —Improcedencia.—Reclamación. — Sentencia aprobatoria de mensura. —Sentencia interlocutoria* — Es procedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia aprobatoria de la mensura de una mina.—Cas. 16 octubre 1906..... I 57
2. *Apreciación. — Causales. — Descubridoras.—Litis. — Paralelo 23. — Salitreras.* — La afirmación de la sentencia recurrida de que la sentencia de primera instancia ha reconocido que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos y que éstos han sido aceptados por sentencia ejecutoria, es un hecho de la causa establecida por el Tribunal sentenciador, y como tal inamovible.—Cas. 6 abril 1907..... I 193
3. No hay disposición legal que resuelva de una manera precisa si la distancia que deba mediar entre las descubridoras debe medirse entre las líneas que encierran las pertenencias, ó si estas distancias deben medirse entre la excavación que constituye el descubrimiento, puesto que aún el artículo 7.° del Reglamento de 1877 previene que la mensura se ejecute «por dentro de las líneas que el descubridor solicite en la parte explorada del terreno». No habiendo en el Reglamento reglas á qué atenerse respecto de las distancias que deben guardar entre sí las líneas exteriores de las pertenencias, debe estarse á lo que prescribe el Código de Minería. —Mismo fallo.
4. Impugnada la mensura de ciertas pertenencias salitreras por haberse ubicado al norte del paralelo 23, la sentencia que aprueba dicha mensura no infringe el Tratado celebrado con Bolivia en 1874 ni la ley de 2 de mayo de 1879 sobre atribuciones conferidas al Gobierno sobre el territorio comprendido entre los paralelos 23 y 24, por cuanto no está trazado el paralelo 23 y los diversos ingenieros y peritos que en distintas ocasiones han ejecutado estudios y observaciones para determinar la ubicación parcial de ese paralelo no han estado de acuerdo respecto de su ubicación precisa.—Mismo fallo.
5. *Causal. — Descubrimiento. — Estacamento. — Posesión efectiva. — Salitreras.* — Según el artículo 45 del Código de Minería de 1874, aplicable al salitre, desde que se registra un descubrimiento, cualquiera persona hábil puede solicitar una pertenencia para explorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicare á continuación de la señalada por el descubridor.—El artículo 6 del Reglamento de 28 de julio de 1877 que dispone que "registrado un descubrimiento no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya y tomado posesión de ella", no debe tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para derogar la ley y contrariarla en parte sustancial, sino para facilitar su cumplimiento y ejecución, por lo cual es necesario armonizarlo con ella; y esa disposición debe entenderse en el único sentido que lógicamente le corresponde, de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, debiendo quedar en suspenso los derechos del peticionario de un estacado mientras no se efectúe la mensura del descubrimiento, para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde sin perjudicar el derecho del descubridor. —Cas. 14 mayo 1907 . . . . I 249
6. Es infundada la causal de casación que se basa en no haberse concedido á los demandantes, herederos del dueño de un pedimento salitrero, la posesión efectiva de la herencia de su causante, circunstancia que los inhabilitaría á juicio del recurrente para pedir la mensura de ese pedimento, porque la mensura no es un acto de transferencia de dominio, ni implica de parte de los herederos el disponer de algún modo de la indicada pertenencia, contraviniendo al artículo 688 del Código Civil, y porque, además, consta de autos que se concedió á esos herederos dicha posesión efectiva.—Mismo fallo.

MERCED DE AGUAS.—V. *Aguas.*

MILITARES.—V. *Pensiones militares.*

MINA.—V. *Salitreras.*

1. *Arenas auríferas.—Pertenencia minera. — Sustancias de libre adquisición.*—Las arenas auríferas y demás sustancias minerales de los ríos y placeres son denunciables y de libre adquisición, aunque el terreno en que se encuentre no sea erial, debiendo en este caso formarse las pertenencias mineras con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal.—C. A. 25 noviembre 1905 . . . . . II 2
2. *Avío. — Comunero. — Pago.— Reivindicación.* — El acreedor de una mina puede tomar la tenencia de ella, y si para pagarse de los primeros anticipos ha tenido que hacer otros para trabajarla, aumentándose la deuda en vez de disminuir, tiene derecho para retener la mina y seguir aviándola bajo su administración hasta pagarse preferentemente, con la excepción que prescribe el artículo 146 del Código de Minería.—C. A. 7 julio 1906 . . . . . II 38
3. Si algunos de los dueños, comuneros de la mina, no aceptan la continuación de los avíos, después de trascurrido el plazo, pueden ponerles término; pero no por reivindicación, sino por medio del pago de lo debido.- -Mismo fallo.
4. *Competencia. — Descubridor. —Fisco.—Juicio de hacienda. —Manifestación.* — Fuera de las minas cuya explotación se reserva el Estado, no tiene el Fisco interés especial en ninguna, ni siquiera por la falta de pago de la patente, porque esta omisión sólo trae como resultado la pérdida de la mina en favor de otro particular que la solicite, y si nadie la solicita, la patente se pierde para el Estado. — En consecuencia, tratándose en el juicio de la manifestación de una mina de fierro, no puede estimarse ese juicio como causa de hacienda y no procede por tanto la aplicación del artículo 5.° de la ley de 28 de agosto de 1902 que establece que el conocimiento de esas causas corresponde á la Corte de Apelaciones de Santiago.— C. A. 17 octubre 1906 . . . . II 70
5. Es de rigor que cada descubridor se presente separadamente y en la forma prescrita en el artículo 29 del Código de Minería, esto es, expresando su nombre y el de sus compañeros si los tuviere, las señales más individuales y características del sitio donde se encuentra la cata, pozo ó labor en que se halló el mineral, la designación de su especie, el nombre que quiere dar á cada una de las tres pertenencias á que tiene derecho y la extensión, expresada en hectáreas, que desea comprenda cada pertenencia. —En consecuencia, es inacep-

cuatro años que fija el artículo 1216 del Código Civil para pedir la reforma de un testamento, se refiere únicamente «á los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde», ó sea á aquellos á quienes el testador menciona como tales legitimarios y les asigna una porción de bienes inferior á la que debe tocarles.—Esta prescripción no es aplicable al caso del legitimario que, por haber sido pasado en silencio en el testamento, se entiende instituído heredero en su legítima.—Cas. 8 noviembre 1906..... I 10

LETRA DE CAMBIO

Cosa juzgada.—Juicio ejecutivo. —Juicio ordinario.—Reserva de derechos.—La sentencia recaída en juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado, salvo que antes de dictarse, el actor ó el reo pidiere reserva de sus acciones ó excepciones para deducirlas en el ordinario y el Tribunal así lo declare, existiendo motivos calificados, lo que siempre se concede respecto de acciones y excepciones no referentes á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución.—La demanda ordinaria debe interponerse dentro de quince días, bajo pena de no ser admitida después.—En consecuencia, desechada por sentencia la acción ejecutiva para el cobro de una letra de cambio, por ser ineficaz el protesto, y por no estar reconocida en forma legal la aceptación del librado al tiempo de despacharse el mandamiento de embargo, siendo dicha aceptación condición esencial para el pago de la letra, si el ejecutante no pide antes de la sentencia que se le reserve su acción para el juicio ordinario, ni interpone demanda ordinaria dentro de quince días de dictada la sentencia, la demanda ordinaria que después deduzca debe ser rechazada por inadmisible.—Cas. 25 julio 1907..... I 336

LEY DEL CONTRATO

Apreciación. — Compraventa. — Interpretación. — Moneda. — Precio.—Reducida la litis á determinar la interpretación que debe darse á la estipulación de un contrato, relativa á la forma de pago del precio de ciertas mercaderías, la interpretación dada á esa cláusula por el Tribunal sentenciador es una apreciación de hecho, que escapa á la censura del Tribunal de Casación.—Cas. 17 agosto 1907..... I 405

LISTA DE TESTIGOS.—V. *Testigos.*

LITIS

Apreciación. — Causales.— Descubridoras. — Mensura.—Paralelo 23.—Salitreras.—El Tribunal sentenciador no puede, sin incurrir en una ilegalidad, pronunciarse sobre una cuestión que no fué materia de discusión durante el juicio.—Trabada la cuestión en primera instancia sobre si las pertenencias descubridoras materias del juicio estaban mensuradas á menor distancia de cinco kilómetros, la sentencia de segunda instancia no podía resolver otro punto que el debatido y nó el referente á la distancia de diez kilómetros exigida en segunda instancia por el Fisco. Cas. 6 abril 1907. . . . . I 193

LITIS-CONTESTACIÓN

Expresión de agravios.—Improcedencia.—Habiendo reconocido plenamente el demandado el derecho de demandante á mensurar ciertas pertenencias auríferas, limitándose á sostener que tenía derecho preferente á la mensura, quedó trabada la litis entre las partes únicamente sobre la preferencia para mensurar dichas pertenencias y la manera como el demandado debía mensurar las suyas, y sobre estos puntos recayó exclusivamente el fallo de primera instancia.—En consecuencia, la petición formulada por primera vez en el juicio en el escrito de expresión de agravios, á fin de que se declare que el demandante no tiene derecho alguno á las pertenencias de que se trata, no puede ser objeto del fallo definitivo. —Cas. 31 diciembre 1906.....I 152

LITIS-PENDENCIA

Considerandos. — Contradicciones del fallo.—Excepción dilatoria.—Aun cuando la excepción dilatoria de litis pendencia puede resolverse antes de la contestación de la demanda y promoverse por vía de incidendente en el curso del juicio, si las partes han aceptado discutirla en el juicio con las demás excepciones opuestas y respecto de todas ellas ha recaído resolución del Tribunal, la circunstancia de haber sido resuelta esa excepción en la sentencia definitiva no es motivo para anular el fallo, ya que no es causa legal de casación en la forma.—Cas. 27 septiembre 1906. . . . . I 123

M

MADRE NATURAL

1. *Efecto retroactivo.—Heredero. —Hijo natural.*—Según el Código Civil Peruano, el hijo ilegítimo que no es espúreo por no tener sus padres impedimento para casarse al tiempo de la concepción, tiene la calidad de hijo natural respecto de su madre, sin necesidad de reconocimiento, el cual es exigido por la ley sólo para el padre.—C. A. 3 septiembre 1906..... II 33
2. La madre natural que ha adquirido este estado civil en conformidad á la legislación peruana, tiene derecho para heredar á su hijo de acuerdo con la legislación chilena.—Mismo fallo.

MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN

Apelación.— Juicio ejecutivo.— La resolución por la cual el juez ordena que se despache mandamiento de ejecución, es apelable.—C. A. 24 diciembre 1906..... II 159

MANDATO.—V. *Poder.*

Casación de oficio. — Citación para sentencia. — Delegación. —Expresión de agravios.— No representa válidamente al mandante el procurador en quien se delegó el mandato por el que á su vez era delegado del mandatario directo.— Cas. 27 noviembre 1905... I 58

MANIFESTACIÓN

Competencia. —Descubridor. — Fisco.— Juicio de hacienda. —Mina.—Es de rigor que cada descubridor se presente separadamente y en la forma prescrita por el artículo 29 del Código de Minería, esto es expresando su nombre y el de sus compañeros, si los tuvieren, las señales más individuales y características del sitio donde se encuentra la cata, pozo ó labor donde se halló el mineral, la designación de su especie, el nombre que quiere dar á cada una de las tres pertenencias á que tiene derecho y la extensión expresada en hectáreas, que desea comprenda cada pertenencia. En consecuencia, es inaceptable la presentación por medio de una sola manifestación de trescientos descubridores que afirman haber descubierto minerales de hierro, y piden cada uno de ellos tres pertenencias de cinco hectáreas cada una, sin indicar ni siquiera someramente los deslindes de cada pertenencia ó sus señales características. — C. A. 17 octubre 1906 . . . . . II 76

MARIDO

Autorización judicial. — Bienes inmuebles.— Mujer casada.— Nulidad.—Prescripción.—Ratificación.— Rescisión. —Separación de bienes.—El marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, pero pierde el derecho de pedir la rescisión del contrato celebrado de ese modo, si ha ratificado expresamente dicho contrato.—C. A. 3 noviembre 1906 . . . . II 43

MENSURA

1. *Admisibilidad. —Improcedencia.—Reclamación. — Sentencia aprobatoria de mensura. —Sentencia interlocutoria* — Es procedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia aprobatoria de la mensura de una mina.—Cas. 16 octubre 1906..... I 57
2. *Apreciación. — Causales. — Descubridoras.—Litis. — Paralelo 23. — Salitreras.* — La afirmación de la sentencia recurrida de que la sentencia de primera instancia ha reconocido que las mensuras se han practicado en conformidad á los títulos ó pedimentos y que éstos han sido aceptados por sentencia ejecutoria, es un hecho de la causa establecida por el Tribunal sentenciador, y como tal inamovible.—Cas. 6 abril 1907..... .... I 193
3. No hay disposición legal que resuelva de una manera precisa si la distancia que deba mediar entre las descubridoras debe medirse entre las líneas que encierran las pertenencias, ó si estas distancias deben medirse entre la excavación que constituye el descubrimiento, puesto que aún el artículo 7.° del Reglamento de 1877 previene que la mensura se ejecute «por dentro de las líneas que el descubridor solicite en la parte explorada del terreno». No habiendo en el Reglamento reglas á qué atenerse respecto de las distancias que deben guardar entre sí las líneas exteriores de las pertenencias, debe estarse á lo que prescribe el Código de Minería. —Mismo fallo.
4. Impugnada la mensura de ciertas pertenencias salitreras por haberse ubicado al norte del paralelo 23, la sentencia que aprueba dicha mensura no infringe el Tratado celebrado con Bolivia en 1874 ni la ley de 2 de mayo de 1879 sobre atribuciones conferidas al Gobierno sobre el territorio comprendido entre los paralelos 23 y 24, por cuanto no está trazado el paralelo 23 y los diversos ingenieros y peritos que en distintas ocasiones han ejecutado estudios y observaciones para determinar la ubicación parcial de ese paralelo no han estado de acuerdo respecto de su ubicación precisa.—Mismo fallo.
5. *Causal. — Descubrimiento. — Estacamento. — Posesión efectiva. — Salitreras.* — Según el artículo 45 del Código de Minería de 1874, aplicable al salitre, desde que se registra un descubrimiento, cualquiera persona hábil puede solicitar una pertenencia para explorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicare á continuación de la señalada por el descubridor. — El artículo 6 del Reglamento de 28 de julio de 1877 que dispone que "registrado un descubrimiento no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya y tomado posesión de ella", no debe tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para derogar la ley y contrariarla en parte sustancial, sino para facilitar su cumplimiento y ejecución, por lo cual es necesario armonizarlo con ella; y esa disposición debe entenderse en el único sentido que lógicamente le corresponde, de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, debiendo quedar en suspenso los derechos del peticionario de un estacado mientras no se efectúe la mensura del descubrimiento, para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde sin perjudicar el derecho del descubridor. —Cas. 14 mayo 1907 . . . . I 249
6. Es infundada la causal de casación que se basa en no haberse concedido á los demandantes, herederos del dueño de un pedimento salitrero, la posesión efectiva de la herencia de su causante, circunstancia que los inhabilitaría á juicio del recurrente para pedir la mensura de ese pedimento, porque la mensura no es un acto de transferencia de dominio, ni implica de parte de los herederos el disponer de algún modo de la indicada pertenencia, contraviniendo al artículo 688 del Código Civil, y porque, además, consta de autos que se concedió á esos herederos dicha posesión efectiva.—Mismo fallo.

MERCED DE AGUAS.—V. *Aguas.*

MILITARES.—V. *Pensiones militares.*

MINA.—V. *Salitreras.*

1. *Arenas auríferas.—Pertenencia minera.—Sustancias de libre adquisición.*—Las arenas auríferas y demás sustancias minerales de los ríos y placeres son denunciables y de libre adquisición, aunque el terreno en que se encuentre no sea erial, debiendo en este caso formarse las pertenencias mineras con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal.—C. A. 25 noviembre 1905 . . . . . II 2
2. *Avío. — Comunero. — Pago.— Reivindicación.* — El acreedor de una mina puede tomar la tenencia de ella, y si para pagarse de los primeros anticipos ha tenido que hacer otros para trabajarla, aumentándose la deuda en vez de disminuir, tiene derecho para retener la mina y seguir aviándola bajo su administración hasta pagarse preferentemente, con la excepción que prescribe el artículo 146 del Código de Minería.—C. A. 7 julio 1906 . . . . . II 38
3. Si algunos de los dueños, comuneros de la mina, no aceptan la continuación de los avíos, después de trascurrido el plazo, pueden ponerles término; pero no por reivindicación, sino por medio del pago de lo debido. —Mismo fallo.
4. *Competencia. — Descubridor. —Fisco.—Juicio de hacienda. —Manifestación.* — Fuera de las minas cuya explotación se reserva el Estado, no tiene el Fisco interés especial en ninguna, ni siquiera por la falta de pago de la patente, porque esta omisión sólo trae como resultado la pérdida de la mina en favor de otro particular que la solicite, y si nadie la solicita, la patente se pierde para el Estado. — En consecuencia, tratándose en el juicio de la manifestación de una mina de fierro, no puede estimarse ese juicio como causa de hacienda y no procede por tanto la aplicación del artículo 5.° de la ley de 28 de agosto de 1902 que establece que el conocimiento de esas causas corresponde á la Corte de Apelaciones de Santiago.— C. A. 17 octubre 1906 . . . . II 70
5. Es de rigor que cada descubridor se presente separadamente y en la forma prescrita en el artículo 29 del Código de Minería, esto es, expresando su nombre y el de sus compañeros si los tuviere, las señales más individuales y características del sitio donde se encuentra la cata, pozo ó labor en que se halló el mineral, la designación de su especie, el nombre que quiere dar á cada una de las tres pertenencias á que tiene derecho y la extensión, expresada en hectáreas, que desea comprenda cada pertenencia. —En consecuencia, es inacep-

table la presentación por medio de una sola manifestación de trescientos descubridores que afirman haber descubierto minerales de hierro, y piden cada uno de ellos tres pertenencias de cinco hectáreas cada una, sin indicar ni siquiera someramente los deslindes de cada pertenencia ó sus señales características.—Mismo fallo.

6. *Salitreras.*— Constituída una pertenencia salitrera, no pueden registrarse ni constituirse dentro de sus terrenos, pedimentos de yeso y mármol, porque, así como en el caso de una misma mina prima el derecho del primer denunciante, así también en este caso debe regir por analogía el principio de la prioridad de la manifestación. —C. A. 19 noviembre 1906. II 126

MINISTERIO PÚBLICO

Casación en la forma.—Estado civil.—Es nula la sentencia dictada en primera instancia sobre el estado civil de una persona sin audiencia del Ministerio Público, por ser éste un trámite esencial del procedimiento. No puede subsanarse esta omisión oyendo al Ministerio Público en segunda instancia.—C. A. 6 diciembre 1906. II 142

MINUTA DE PRUEBA

Bienes inmuebles.—Compraventa.—Tercería.—El juez debe fijar puntos de prueba hayan ó nó presentado minutas las partes.—C. A. 20 octubre 1906. II 51

MODOS DE ADQUIRIR

1. *Causales.— Dominio. — Inscripción.—Legado.—Sucesión. —Tradición. — Tercería.* — La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, y se puede suceder á una persona ya á título universal como heredero, ya á título singular como legatario, sin que sea necesario para la adquisición del dominio en uno ú otro carácter que además se haga tradición de las cosas heredadas ó legadas, puesto que respecto de unos mismos bienes no pueden concurrir diversos modos de adquirir su dominio. — Cas. 3 noviembre 1906 ..... I 147
2. La herencia ó legado se defiere por ministerio de ley, según el artículo 688 del Código Civil, en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el llamamiento no es condicional, y por el sólo hecho de la muerte se trasmite al heredero ó legatario la posesión y dominio que en los bienes hereditarios correspondía al antecesor.—Mismo fallo.
3. La persona instituída en testamento como legataria de un inmueble adquiere el dominio de él por la muerte de la testadora, y esta adquisición no queda sin efecto por la enajenación que posteriormente haga de ese inmueble á un tercero la albacea de la testadora, aunque esa enajenación se inscriba, siempre que no haya transcurrido el tiempo necesario para que prescriba el derecho de legatario.—Mismo fallo.
4. Procede, en consecuencia, la tercería de dominio interpuesta por el legatario, en la ejecución seguida por un acreedor hipotecario contra el tercero á quien la albacea donó el inmueble, pues ese tercero no adquirió el dominio por la tradición que le hizo la albacea, ni por prescripción por no haber transcurrido en este caso el tiempo necesario.—Mismo fallo.

MONEDA

1. *Agente de Aduana.—Apreciación.—Casación en el fondo. —Contraban lo. — Defraudación.—Derechos de Aduana. —Multa.*—La sentencia que al fijar la pena que debe imponerse por una defraudación de derechos de aduana, ordena pagar en pesos de 48d el 25°/₀ de los derechos de internación que correspondía pagar en oro, dando así á la libra esterlina el el valor de $ 5, infringe lo dispuesto en los artículos 9 de la ley de 26 de noviembre de 1892 y 5.° y 8.° de la de 31 de mayo de 1893, que disponen que el 25°/₀ de los derechos de internación deben pagarse en libras esterlinas á razón de $ 6.31 por cada libra ó en moneda chilena de oro de valor equivalente. —Cas. 30 noviembre 1906 . . I 260
2. El valor de la multa con que pena el artículo 89 número 18 de la Ordenanza de Aduanas al agente de aduana que defrauda los derechos de internación, igual al duplo del valor que intentó defraudar, puede determinarse en moneda corriente, ya que no se trata de percepción de derechos de internación, y ya que, según la ley de 31 de julio de 1898, los billetes que ella autoriza emitir sirven para solventar todas las obligaciones, con las solas excepciones que ella determina, entre las cuales no está comprendido el importe de las penas pecuniarias impuestas por la Ordenanza de Aduanas.—Mismo fallo.
3. *Apreciación.— Compraventa. —Interpretación. — Ley del contrato.—Precio.*—En un contrato de compraventa el pago debe hacerse, bajo todo respecto, en conformidad al tenor de la obligación, y cuando ésta es clara no hay para qué desatender su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu. Expresando el contrato que las mercaderías deben pagarse al cambio de 18d por peso, sólo cumple su obligación el comprador pagando en moneda esterlina ó su equivalente estimado al cambio de 18d por peso, y no pagando simplemente en pesos chilenos, sin atender al cambio, con el pretexto de que estos pesos son legalmente de 18d.—C. A. Cas. 17 agosto 1907..... I 46

MORA

Intereses.—Retención. — No incurre en mora ni está obligado al pago de los intereses respectivos el deudor que no paga al acreedor en el plazo convenido, si antes del vencimiento se le notifica en forma legal una orden judicial de retener en su poder la suma debida, órden decretada á petición de un tercero. Si bien el deudor pudo libertarse de toda responsabilidad consignando en un Banco ó en arcas fiscales á la órden judicial la cantidad debida, no estaba obligado á hacerlo, y por no ejercitar una facultad no puede incurrir en penas que la ley reserva para faltas en el cumplimiento de obligaciones. —Cas. 3 julio 1907. . . . . I 341

MUERTE.—V. *Fallecimiento.*

Disolución.— Resolución. — Sociedad colectiva.—La sociedad colectiva civil se disuelve por la muerte natural ó civil de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición de la ley ó por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto ó sin ellos. Si en el acto constitutivo de la sociedad se fija el plazo de nueve años para su duración y se agrega que la negociación no terminará por ninguna causa ó motivo antes del plazo estipulado, no procede la demanda de disolución del contrato fundada en el fallecimiento de uno de los socios ocurrido antes del vencimiento del plazo.—C. A. 26 octubre 1906 . . . . . II 56

MUJER CASADA

1. *Autorización judicial.— Bienes inmuebles.—Marido.—Nulidad.—Prescripción. — Ratificación.—Rescisión.—Separación de bienes.*—La venta de bienes raíces de la mujer casada, llevada á cabo sin la correspondiente autorización judicial, adolece de nulidad relativa, porque no es producida por un objeto ó causa ilícita, ni por la omisión de algún requisito ó formalidad que las leyes

prescriban para el valor del contrato en consideración á su naturaleza, sino que está establecida por la ley por motivos ó circunstancias de carácter personal, en interés de la misma mujer casada.—C. A. 3 noviembre 1906 . . . . . II 43

2. La acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contados, cuando procede de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado la incapacidad. Cesando la incapacidad de la mujer casada por la sentencia que declaró la separación de bienes entre ella y su marido, y habiendo transcurrido más de cuatro años entre esa sentencia y su fallecimiento, no trasmite ella á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria de las enajenaciones de bienes raíces celebradas por ella sin autorización judicial y mientras era incapaz, por cuanto á su fallecimiento dicha acción ya había prescrito.—Mismo fallo.

MULTA

1. *Formalización.—Improcedencia. Plazo.*—La cuarta parte de la suma consignada para interponer el recurso de casación debe aplicarse á beneficio fiscal si la parte que lo ha anunciado no lo formaliza en el término legal.—Cas. 20 octubre 1906 . . . . . I 145

2. *Agente de Aduana.—Apreciación.—Casación en el fondo.—Contrabando.—Defraudación. Derechos de aduana.—Moneda.*—El valor de la multa con que pena el artículo 89 número 18 de la Ordenanza de Aduanas al agente de aduana que defrauda los derechos de internación, igual al duplo del valor que intentó defraudar, puede determinarse en moneda corriente, ya que no se trata de la percepción de derechos de internación, y ya que, según la ley de 31 de julio de 1898, los billetes que ella autoriza emitir sirven para solventar todas las obligaciones, con las solas excepciones que ella determina, entre las cuales no está comprendido el importe de las penas pecuniarias impuestas por la Ordenanza de Aduanas. Cas. 30 noviembre 1906. . . . I 260

MUNICIPALIDAD

1. *Acción posesoria. — Ampliación. — Apelación.—Apreciación.—Causales.—Contra-querella.—Cosa juzgada.—Costas. Fiscal. — Omisión. — Parte agraviada.—Plazo.—Posesión. Querella.—Sentencia.—Ultra-petita.*—Apelada una sentencia por una Municipalidad, si ella no ha encomendado su representación á otras personas, corresponde ésta al Fiscal de la Corte, en conformidad al inciso 2.° del artículo 93 de la Ley de Municipalidades.—Si este funcionario se limita á dar su dictamen opinando por la confirmación del fallo de primera instancia y la Corte lo revoca, esta sentencia no es nula por haber sido dictada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, porque el fallo de primera instancia carece de los requisitos legales para ser considerado como sentencia de término y porque, á mayor abundamiento, en este caso no tiene tal carácter por haberse hecho parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales y no haber manifestado opinión en el sentido que lo ha hecho el señor Fiscal.—Cas. 1.° diciembre 1904 . . . . . I 294

2. No falla "ultra-petita" la sentencia por no haber solicitado nadie la revocación del fallo de primera instancia, si en el curso del juicio la Municipalidad sostuvo que la plaza, objeto de la querella, era un bien nacional de uso público y en segunda instancia se hizo parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales.—Mismo fallo.

3. No puede sostenerse que la sentencia de la Corte ha sido dada en apelación legalmente desistida, si el dictamen fiscal no tiene por objeto el desistimiento, y aunque lo hubiera tenido, se hacía en todo caso necesario pronunciar sentencia por haberse hecho parte el Director del Tesoro.—Mismo fallo.

4. *Aguas. — Competencia.*—Según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Municipalidades de 22 de diciembre de 1891, corresponde á estas corporaciones reglamentar el servicio y uso de las aguas corrientes de las ciudades, é igualmente la construcción, nivelación y limpia de las acequias y cloacas por donde ellas corren; y es improcedente la demanda presentada á la justicia ordinaria con algunos de los fines anteriormente indicados.—C. A. 22 octubre 1906 . . . . . II 77

5. *Avalúos. — Contribución.*—Si las Municipalidades no forman oportunamente el rol de avalúos, rige la matrícula del año anterior.—La Ley de Municipalidades impone á estas corporaciones la obligación de examinar las listas de avalúos antes del 1.° de septiembre de cada año, y si sólo las aprueban el día 2, esta aprobación es inoportuna y debe regir la matrícula del año anterior.—C. A. 29 noviembre 1906 . . . . II 91

6. El perjudicado por el avalúo que, haciendo uso del derecho que le acuerda la Ley de Municipalidades, reclama ante el juez de letras, no puede pedir que se declare la nulidad del rol, porque no obra en representación de los demás vecinos, y porque la acción no procede en esa forma sino con arreglo al artículo 49 de esa ley.—Mismo fallo.

7 *Avalúo.—Contribución.—Nulidad.*—Es nulo el nombramiento de comisión avaluadora de inmuebles para los efectos de la contribución de haberes, hecho por la Municipalidad en un día distinto del designado al efecto por el artículo 44 de la Ley de Municipalidades, por ser ilegal tal acuerdo.—C. A. 5 diciembre 1906 . . . . . II 147

MUTUO

1. *Casación de oficio.—Confesión.—Novación. —Ultra-petita.*—Debe aceptarse en todas sus partes la declaración del ejecutante por una cantidad dada en mutuo, que confiesa no haber entregado esa cantidad al ejecutado, pero agrega que éste se sustituyó en la deuda de otra persona. C. A. Cas. 2 noviembre 1906. . . . . I 44

2. Esta sustitución importa una novación, sin que se desvirtúe la obligación del ejecutado por el hecho de que se dijera en el contrato que era de mutuo; y sin que pueda, en consecuencia, declararse nula su obligación por no haberse entregado la cantidad.—Mismo fallo.

N.

NAVIERO

1. *Abordaje. — Apreciación. — Capitán.—Perjuicios.—Reclamación.—Ultra-petita.*—El carácter del naviero que el tribunal sentenciador atribuye al demandado, fundándose en antecedentes probatorios que aprecia con facultades soberanas, es un hecho de la causa que debe servir de base inamovible para el pronunciamiento del fallo de casación.—Cas. 11 abril 1907. I 167

2. Establecida la calidad de naviero del demandado, no infringe los artículos 865 y 878 del Código de Comercio la sentencia que lo declara responsable de los daños causados por un abordaje debido á imprudencia ó culpa del capitán, ya que en conformidad á esas disposiciones legales responde civilmente el naviero de los hechos del capitán y puede la acción dirigirse en contra de cualquiera de ellos.—Mismo fallo.

3. Establecida legalmente la responsabilidad de los demandados en su carácter de navieros y condenados en tal carácter por la sentencia recurrida, no infringe este fallo las reglas del

mandato ni la disposición del artículo 468 del Código de Comercio, si agrega la consideración de que ni la calidad de agentes de una compañía extranjera dueña de la nave, que se atribuyen los demandados ni la de consignatarios habrían bastado tampoco para eximirlos de responsabilidad, pues estas consideraciones carecen de influencia decisiva en el fallo, y la responsabilidad juzgada por la sentencia recurrida no se refiere á hechos ejecutados por mandantes ó comitentes extranjeros de que deban responder sus agentes en Chile, sino á actos del capitán de una nave que obliga á su propio naviero, carácter que de hecho asumieron los demandados.—Mismo fallo.

NEGLIGENCIA.—V. *Cuasi-delito.*

Cuasi-delito.—Perjuicios.—Constituye negligencia inexcusable ó imprudencia temeraria de parte de un padre el confiar á su hijo, menor de catorce años, el manejo de una carretela en las calles de Santiago, y esta negligencia lo hace responsable del daño causado por su hijo que atropelló y mató con el vehículo á un niño de corta edad. —C. A. 27 julio 1907 . . . . II 139

NOMBRE

Coadyuvante.—Omisión.—Sentencia.—Tabla.—No puede pedir la nulidad de una sentencia fundado en que ella no hace mención de su nombre, ni figuró tampoco su nombre en la tabla al anunciarse la causa, la persona que no es parte en el juicio y sólo ha intervenido en él como tercero coadyuvante. —Cas. 31 octubre 1906 . . . I 037

NOTARIO

1. *Nulidad.—Testamento.*—Establecida la imposibilidad del notario titular para desempeñar sus funciones en su oficina ó fuera de ella, puede el juez de letras respectivo nombrar un reemplazante para mientras dure el impedimento. Cas. 4 agosto 1906 . . . . . I 33
2. El secretario judicial nombrado reemplazante del notario titular puede autorizar válidamente un testamento como funcionario competente.—Mismo fallo.
3. *Comparecencia.—Fallecimiento.—Testamento.—Testigos.*—La muerte del notario que autoriza un acto testamentario y de los testigos instrumentales, no hace perder su valor al testamento.—C. A., 16 septiembre 1905 . . . . . II 17
4. Para proceder á la apertura de un testamento cerrado no es requisito indispensable la comparecencia personal del escribano y testigos instrumentales. —Las reglas dictadas por la ley para el caso de ausencia del escribano y testigos comprenden á todos los que no comparezcan ó no puedan comparecer al acto de apertura, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc.—Mismo fallo.

NOTIFICACIÓN

1. *Cosa juzgada.—Cuentas.—Curador.—Fiador.—Heredero.—Juicio ejecutivo.—Sentencia definitiva.—Título ejecutivo.*—La sentencia recaída en el juicio seguido por rendición de cuentas contra un curador, no es título ejecutivo contra el fiador de dicho curador, si éste no ha sido parte ni ha intervenido en forma alguna en aquel juicio de rendición de cuentas. —La notificación de la sentencia dictada en el juicio de cuentas, hecha á los herederos del fiador para los efectos del artículo 1377 del Código Civil, no altera su situación, ya que no los constituye partes en el juicio y presupone la existencia de un título ejecutivo en contra de su causa-habiente.—Cas. 15 diciembre 1906 . . . I 305
2. *Fuerza mayor.—Impedimento.—Legitimación.—Plazo.*—La ley no fija plazo para la notificación del instrumento de legitimación á las personas que se quiere legitimar.—C. A., 5 septiembre 1906 . . . . . II 36
3. *Casación en la forma.—Emplazamiento.*—En toda gestión judicial la primera notificación á las partes ó personas á quienes hayan de afectar sus resultados debe hacerse personalmente, entregándole copia íntegra de la resolución y de la solicitud cuando fuese escrita. —Es nula, en consecuencia, la sentencia pronunciada en una querella de amparo si la providencia recaída en la demanda fué notificada por el estado al demandado. C. A., 17 octubre 1906 . . . . . II 65
4. *Casación en la forma.—Citación para sentencia.*—La citación para sentencia notificada por el estado á una de las partes que había fijado domicilio en forma legal, es nula, y nula la sentencia dictada con omisión de ese trámite.—C. A., 29 noviembre 1906. . . . . II 123

NOVACIÓN

1. *Apreciación.—Compra-venta.—Edificio en terreno ajeno.—Resolución.*—Estableciéndose en un contrato de compra-venta que el precio se ha pagado parte en dinero y el resto sustituyéndose el comprador en una deuda del vendedor para con otra persona, esta sustitución importa una novación, y el precio debe considerarse totalmente pagado.—Cas. 30 octubre 1906 . . . . . I 14
2. *Casación de oficio.—Confesión.—Mutuo.—Ultra-petita.* Celebrado un contrato de mutuo, sin que el mutuario haya recibido cantidad alguna, pero habiéndose sustituído en la deuda de otra persona para con el mutuante, esta sustitución importa una novación; y no se desvirtúa la obligación del deudor por el hecho de que en el contrato se dijera que era de mutuo, ni puede anularse por no haberse entregado la cantidad. —C. A., Cas. 2 noviembre 1906. I 44

NULIDAD

1. *Casación en el fondo.—Cesión de derechos hereditarios.—Petición de herencia.—Prescripción.—Rescisión.*—La acción para pedir la rescisión de una compra-venta de derechos hereditarios prescribe en el plazo de cuatro años.—Cas 1.° septiembre 1906..... I 19
2. *Notario.—Testamento.*—El secretario judicial nombrado reemplazante del notario titular puede autorizar válidamente un testamento como funcionario competente; y en consecuencia, debe rechazarse la acción de nulidad del testamento que se funda en esta circunstancia.—Cas. 4 agosto 1906..... I 33
3. *Cosa juzgada.—Quiebra.—Ultra-petita.*—No falla «ultra-petita» la sentencia que declara la nulidad de unos contratos celebrados por un fallido, fundándose en el artículo 1376 del Código de Comercio, si la demanda se fundaba precisamente para pedir esa nulidad, entre otras prescripciones, en ese artículo.—Cas. 6 noviembre 1906..... I 138
4. *Casación en la forma.—Remate.—Ultra-petita.*—Pedida la nulidad de un remate judicial en virtud de ciertas causales, declarada esta nulidad en primera instancia, y precisadas las acciones y excepciones de las partes en los escritos de expresión de agravios y adherimiento á la apelación, falla ultra-petita el Tribunal de Alzada que desecha la demanda declarando inadmisibles las causales de nulidad en virtud de una excepción nueva, que no había sido alegada ni discutida en el juicio: la de que la sentencia de remate debe llevarse adelante mientras no haya sido anulada ó modificada en un juicio previo entre legítimos contradictores.—Cas. 1.° diciembre 1906..... I 362
5. *Causales.—Consentimiento.*—

Prórroga.—No constituye una infracción de ley el no haber declarado de oficio la sentencia recurrida la nulidad de un contrato, conforme á la petición que dice el recurrente formuló en estrados alegando verbalmente en la vista de la causa, si este vicio, en caso de existir, no aparece de manifiesto en el contrato mismo.—Cas. 15 diciembre 1906..... I 290

6. *Apreciación. — Testamento.* - La mención de haberse cumplido al otorgar el testamento las formalidades dispuestas por la ley para la validez de dicho acto, es una nueva formalidad que no puede exigirse sino en los casos en que la misma ley lo requiera expresamente, como lo hace el Código Civil en los artículos 1018 y 1019, pero no se encuentra establecida respecto de aquellas formalidades de que trata el artículo 1017 del Código Civil.—Por consiguiente, el hecho de no haberse mencionado en el testamento abierto que todo él fué leído en alta voz por el escribano ó uno de los testigos en la forma prescrita por el artículo 1017 no es causal bastante de nulidad del testamento. -Cas. 21 diciembre 1906. I 371

7. *Cosa juzgada. — Hipoteca.— Juicio ejecutivo.—Precio. Remate.— Salitreras.— Casación.* No infringe el artículo 1793 del Código Civil, la sentencia que rechaza la acción de nulidad de la escritura pública de remate, fundada en no haberse fijado precio á los inmuebles subastados, si de esa misma escritura aparece que dicho precio se fijó.—Cas. 25 julio 1907. I 375

8. Pedida, además, la nulidad de la escritura de remate por no haber sido tasadas las salitreras adjudicadas por ella, no procede esta acción, si del informe del perito nombrado para valorizar los bienes embargados aparece que estimó el valor del caliche existente en dichas pampas en la cantidad de $ 13,000.000, agregando si las consideraciones que á su juicio hacían desmerecer ó anular su valor, hasta el punto de imponer una pérdida al que se dedicase á su elaboración con motivo del impuesto de exportación, por lo que se deben tomar sólo en ese sentido restrictivo la frases «con exclución de la pampa misma» ó «excluídas las pampas mismas», de que se sirve en su informe, sin que pueda establecerse por esto que no fueron realmente apreciadas en lo que en concepto del perito valían y de que se omitiera la formalidad ordenada en el artículo 46 de la ley de 8 de febrero de 1837. —Mismo fallo.

9. *Avalúo—Causal.—Competencia.—Expropiación. — Juicio de hacienda.- Prescripción.*— Es nula por haber sido dictado por tribunal incompetente la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en 26 de diciembre de 1902, en causa en que el Fisco tenía un interés directo y positivo, porque según lo dispuesto por la ley de 19 de enero de 1889, artículo 15, la Corte Suprema debía continuar conociendo de las causas de hacienda, jurisdicción que mantenía en esa fecha.—C. S. 22 agosto 1903 . . . . . I 421

10. *Autorización judicial.— Bienes inmuebles. - Marido.—Mujer casada.— Prescripción.— Ratificación.—Rescición.—Separación de bienes.*—La venta de bienes raíces de la mujer casada llevada á cabo sin la correspondiente autorización judicial, adolece de nulidad relativa, porque no es producida por un objeto ó causa ilícita, ni por la omisión de algún requisito ó formalidad que las leyes prescriban para el valor del contrato en consideración á su naturaleza, sino que está establecida por la ley por motivos ó circunstancias de carácter personal, en interés de la misma mujer casada.—C. A. 3 noviembre 1906 . . . . . II 43

11. La acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contados, cuando procede de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado la incapacidad. Cesando la incapacidad de la mujer casada por la sentencia que declaró la separación de bienes entre ella y su marido, y habiendo trascurrido más de cuatro años entre esa sentencia y su fallecimiento, no trasmite ella á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria de las enajenaciones de bienes raíces efectuadas por ella sin autorización judicial y mientras era incapaz, por cuanto á su fallecimiento dicha acción había ya prescrito. - Mismo fallo.

12. El marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, pero pierde el derecho de pedir la rescición del contrato celebrado de ese modo, si ha ratificado expresamente dicho contrato.— Mismo fallo.

13. No puede invocar la nulidad absoluta el que celebró el contrato sabiendo ó debiendo saber el vicio que lo invalidaba. —C. A. 6 noviembre 1906. . .II 89

14. Para que el juez ejerza la facultad de declarar de oficio la nulidad absoluta, es necesario que se halle en presencia de un juicio en que figuren legítimos contradictores y es necesario, además, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto ó contrato que se propone anular.--Mismo fallo.

15. *Plazo.—Promesa.*— La promesa de celebrar un contrato no produce efecto alguno, salvo que concurran las circunstancias que enumera el artículo 1554 del Código Civil, entre las cuales figura la de que la promesa contenga un plazo ó condición que fije la época de la celebración del contrato.— Por consiguiente, es nulo el contrato de promesa de venta que carece de ese requisito.— C. A. 5 noviembre 1906 . . . .II 97

16. *Aprobación judicial. — Divorcio.—Estado civil.— Separación de bienes. — Transacción.*— Una transacción por lo cual uno ú otro cónyuge ó ambos juntos renuncian á su estado civil de marido ó mujer, es contraria á la ley y en consecuencia, nula, de nulidad absoluta.—C. A. 27 noviembre 1906 . . . . . II 103

17. Semejante transacción no adquiere valor por la aprobación judicial, pues esta no puede dar valor á un acto nulo en su origen—Mismo fallo.

18. *Avalúo. — Contribución. — Municipalidad.*—Es nulo el nombramiento de comisión avaluadora de inmuebles para los efectos de la contribución de haberes, hecho por la Municipalidad en un día distinto del designado al efecto por el artículo 44 de la Ley de Municipalidades, por ser ilegal tal acuerdo.—C. A. 5 diciembre 1906 . . . . . II 147

O

OBLIGACIÓN DE HACER

1. *Acción ejecutiva. — Casación en el fondo. — Perjuicios.— Promesa.*—La promesa de exvincular y vender en seguida una propiedad raíz por un precio y dentro de un plazo que se fija en el contrato otorgado por escritura pública, reúne todos los requisitos legales para su validez, y puede exigirse ejecutivamente el cumplimiento de ambas obligaciones.—Cas. 13 octubre 1906 . . . . . I 4

2. No procede el cobro ejecutivo de los perjuicios que pueda ocasionar la falta de cumplimiento de una promesa de exvincular y vender en seguida una propiedad raíz, si no están determinados esos perjuicios por sentencia ejecutoria.—Mismo fallo.

OBRAS APARENTES

Aguas.—Posesión.— Habiéndose concedido en diferentes fechas

á dos personas mercedes de aguas en el mismo estero, debe ser preferida la que primero entró en posesión ejecutando obras aparentes para el uso de las aguas, aunque su merced sea de fecha posterior.—C. A. 26 diciembre 1906..... II 26

OCUPACIÓN

Fisco.— Perjuicios. — Responsabilidad.—Para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzada de una propiedad particular, es menester que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación.—C. A. 29 octubre 1906..... II 42

OCUPACIÓN BÉLICA

1. *Casación en el fondo.—Demarcación.—Dominio.—Posesión.—Salitreras.*—No tienen dominio verdadero ó aparente de los terrenos salitrales de Tarapacá los denunciantes que no tenían la posesión real de sus estacamentos ú oficinas á la época de la ocupación de esa provincia por las armas de la República, y la sentencia que les reconoce dominio infringe los artículos 2 y 8 del tratado de paz con el Perú, promulgado como ley nacional el 20 de mayo de 1884, en el cual se consideró el decreto de 20 de marzo de 1882 que había reglamentado la propiedad salitrera privada de Tarapacá sobre la base del régimen legal antes establecido; « no reconociendo otros títulos y derechos á este respecto que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que las que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva.—Cas. 30 noviembre 1907. I 103
2. Las disposiciones dictadas por el Gobierno del Perú en ejercicio de la ley de 18 de mayo de 1875 y según las cuales debían considerarse propiedad del Estado las oficinas ó estacamentos salitrales abandonados ó no trabajados por sus dueños, razón por la cual no figuraron en los cuadros formados por la comisión de ingenieros nombrada para llevar á efecto aquella misma ley, fijaron la condición de la propiedad salitrera en Tarapacá, condición en que las adquirió el Gobierno de Chile; y cualquiera que sea la legalidad de estos actos administrativos, emanados del Gobierno del Perú y que fueron cumplidos por las autoridades de esa Nación, no pueden ellos ser conocidos en sus efectos jurídicos por las autoridades del país cesionario del territorio donde esos actos produjeron sus efectos.—Mismo fallo.

OMISIÓN DE LA SENTENCIA

a) Omisión de la designación del nombre, domicilio y profesión de las partes.

1. *Coadyuvante.—Nombre.—Sentencia.— Tabla.*—No puede pedir la nulidad de una sentencia fundado en que ella no hace mención de su nombre, ni figuró tampoco su nombre en la tabla al anunciarse la causa, la persona que no es parte en el juicio y sólo ha intervenido en él como tercero coadyuvante. — Cas. 31 octubre 1906.....I 370

b) Omisión de enunciacción de acciones ó excepciones

2. *Aguas. — Apreciación.—Causal.—Formalización.—Instrumento privado.—Prescripción. — Prueba. — Reclamación. — Reivindicación.— Sentencia*— No omite la enunciación de las peticiones ó acciones deducidas la sentencia que no hace referencia á la expresión de prescripción extintiva que pretende haber invocado el demandado, si en realidad éste se limitó á referirse á ella al responder á la expresión de agravios y no la alegó formalmente.—Cas. 29 mayo 1905 . . . . . I 355
3. No omite la enunciación de las peticiones de las partes, respecto á la excepción de prescripción adquisitiva alegada en segunda instancia, la sentencia del Tribunal de Alzada que la enuncia en un considerando y completa dicha enunciación agregando en la parte resolutiva que fué alegada en segunda instancia por el demandado.—Mismo fallo.
4. *Agregación de documentos.—Sentencia.— Sentencia confirmatoria.* — La sentencia que contiene tanto la enunciación breve de las peticiones ó acciones deducidas por el demandante y sus fundamentos, como las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de base á la sentencia, no infringe los números 2.° y 4.° del artículo 193 y 5.° del 941 del Código de Procedimiento Civil. —Cas. 1.° mayo 1907 . . . . I 235

c) Omisión de fundamentos de hecho y de derecho.

5. *Pensión alimenticia.—Sentencia confirmatoria.* — Cumple con las enunciaciones legales la sentencia de segunda instancia que, al confirmar la de primera instancia que manda pagar una pensión alimenticia, se refiere explícitamente á ella; y no necesita agregar nuevas consideraciones para el sólo efecto de reducir el monto de la pensión.—Cas. 11 marzo 1907 . I 76
6. *Agregación de documentos.—Sentencia.— Sentencia confirmatoria.* - La sentencia que contiene tanto la enunciación breve de las peticiones ó acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos, como las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de base á la sentencia, no infringe los los números 2.° y 4.° del artículo 193 y 5.° del 941 del Código de Procedimiento Civil.—Cas. 1.° mayo 1907 . I 235
7. *Sentencia.*—Es nula la sentencia pronunciada con omisión de las consideraciones de hecho y de derecho ó de los principios de equidad que le sirven de fundamento.—Incurre en este vicio la sentencia de segunda instancia que, al confirmar el fallo de primera instancia, lo modifica en parte substancial sin dar los fundamentos de hecho ó de derecho ó los principios de equidad, ni citar disposición legal alguna respecto á esta parte de la resolución.—Cas. 6 agosto 1907 . . . . I 447

d) Omisión de enunciación de leyes.

8. *Improcedencia.—Reclamación.* —No es causal bastante de casación en la forma una omisión de referencia en la cita de una disposición legal invocada por la sentencia recurrida, ya que esta clase de defectos pueden salvarse por el tribunal sentenciador con arreglo al artículo 205 del Código de Procedimiento Civil. — Cas. 21 noviembre 1906 . . . . . I 114

e) Omisión de resolución del asunto controvertido.

9. *Casación en la forma.—Sentencia.— Ultra-petita.*— Reducida la litis á determinar si una cláusula testamentaria es un censo ó un mayorazgo, y habiendo estimado la sentencia de primera instancia que es un vínculo, la sentencia de segunda instancia que revoca la de primera y se limita á negar lugar á la demanda, reservando al demandante sus derechos, es nula porque no se pronuncia sobre la acción deducida, pues no resuelve cuál es el significado legal de la cláusula testamentaria.—Cas. 25 abril 1905 I 119
10. Si el demandante expresa en su demanda y en su alegato que la cuestión consiste en determinar si una cláusula testamentaria es un censo como él sostiene ó un mayorazgo como lo afirma la parte contraria, y la sentencia de primera instancia da lugar á la demanda por estimar que dicha cláusula importa la constitución de un vínculo, la sentencia de segunda instancia que confirma sin modificación la de primera, se pronuncia precisamente sobre la

cuestión fundamental propuesta por la parte relativa al alcance jurídico de dicha cláusula, contiene, por consiguiente, la decisión del asunto controvertido, y no se ha extendido á puntos no sometidos á su resolución.—Cas. 18 junio 1906. I 119

. *Acción posesoria.— Ampliación.— Apelación. — Apreciación.—Causales.—Contra-querella.—Cosa juzgada.—Costas. —Desistimiento. — Fiscal. — Municipalidad.— Parte agraviada.—Plazo. — Posesión. — Querella.—Sentencia.—Ultrapetita.*—No omite la resolución del asunto controvertido la sentencia de segunda instancia que, revocando la de primera que daba lugar á una querella sin pronunciarse sobre la contra-querella deducida por el querellado, se limita á rechazar la querella, si en este rechazo va envuelta implícitamente la aceptación de la contra-querella, que no tenía más objeto que enervar la querella, y si el fallo de primera instancia tampoco se pronunció expresamente sobre la contra-querella.— Cas. 1.° diciembre 1904 . . . . . I 294

12.—*Anuncio.— Formalización. —Sentencia.*—No omite la decisión del asunto controvertido la sentencia que no se pronuncia sobre la excepción de prescripción, si el juicio no versó sobre esta excepcion que sólo fué puesta por el demandado al contestar una demanda anterior que quedó sin efecto y no fué invocada en la nueva litis.—C. A. 7 noviembre 1906. II 81

13. *Casa ión de oficio.—Sentencia.*—Es nula la sentencia que desecha la demanda estimando posesoria la acción deducida, siendo que es en realidad la reivindicatoria ó de dominio. Este fallo no contiene la decisión del asunto controvertido y debe ser anulado de oficio por el Tribunal de Alzada.—C. A. 17 noviembre 1906 . . . . II 121

P.

PAGARÉ Á LA ORDEN

Prescripción. — Principio de prueba por escrito. — Prueba. —La prescripción de cuatro años establecida para las letras de cambio es aplicable á los pagarées á la orden causados por una operación de comercio, como la compra de una letra de cambio.— C. A. 6 octubre 1905 . . . . . II 5

PAGO

1. *Avío.—Comunero. — Mina.— Reivindicación.* — El acreedor de una mina puede tomar la tenencia de ella, y si para pagarse de los primeros anticipos ha tenido que hacer otros para trabajarla, aumentándose la deuda en vez de disminuir, tiene derecho para retener la mina y seguir aviándola bajo su administración hasta pagarse preferentemente, con la excepción que prescribe el artículo 146 del Código de Minería.—C. A. 7 julio 1906 . . . . . II 38
2. Si algunos de los dueños, comuneros de la mina, no aceptan la continuación de los avios, después de trascurrido el plazo, pueden ponerles término; pero no por reivindicación, sino por medio del pago de lo debido.— Mismo fallo.

PAPEL SELLADO.—V. *Contribución.*

PARALELO 23

Aprecia ión. — Causales. — Descubridoras. — Litis — Mensura.— Salitreras. — Impugnada la mensura de ciertas pertenencias salitreras por haberse ubicado al norte del paralelo 23, la sentencia que aprueba dicha mensura no infringe el Tratado celebrado con Bolivia en 1874, ni la ley de 2 de mayo de 1879 sobre atribuciones conferidas al Gobierno sobre el territorio comprendido en los paralelos 23 y 24, por cuanto no está trazado el paralelo 23, y los diversos ingenieros y peritos que en distintas ocasiones han ejecutado estudios y observaciones para determinar la ubicación parcial de ese paralelo no han estado de acuerdo respecto de su ubicación precisa.—Cas. 6 abril 1907 . . . . . I 193

PARTE AGRAVIADA

1. *Asignación testamentaria. — Fallecimiento. — Heredero á título universal.—Remanente. —Suspensión de procedimiento.—Usufructo.*—Sólo la parte agraviada puede reclamar de los vicios en que ha incurrido la sentencia.—Cas. 31 agosto 1904 . . . . . I 53
2. *Casación en el fondo.—Causal.—Cuentas. — Curador. — Entrega. — Formalización.— Prescripción.* — El recurso de casación sólo se concede á la parte agraviada. Por consiguiente, si la infracción alegada no perjudica al recurrente sino por el contrario á la otra parte, no puede fundarse en ella el recurso.—Cas. 20 noviembre 1906 . . . . . I 161
3. *Acción posesoria. — Ampliación.— Apelación. — Apreciación.—Causales.—Contra-querella.—Cosa juzgada.—Costas. —Desistimiento — Fiscal. — Municipalidad.— Omisión.— Plazo.—Posesión. — Querella. —Sentencia.— Ultra-petita.*— El recurso de casación sólo se da á la parte agraviada.—Cas. 1.° diciembre 1904 . . . . . I 294
4. *Juicio ejecutivo. — Poder. — Tercería.*—El recurso de casación se concede á la parte agraviada. — C. *A.* 12 julio 1906 . . . . . II 106

PATRIA POTESTAD

Alimentos.—Cónyuges. - Divorcio.—Hijo.—Potestad marital. Sociedad conyugal.—Si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley le confiere no lo autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio, restableciendo el régimen correcto y legal, y ordenando al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por ley tienen derecho.—Cas. 19 abril 1907 . . . I 186

PENSIÓN ALIMENTICIA

Omisión.—Sentencia confirmatoria.—Cumple con las enunciaciones legales la sentencia de segunda instancia que, al confirmar la de primera instancia que manda pagar una pensión alimenticia, se refiere explícitamente á ella; y no necesita agregar nuevas consideraciones para el solo efecto de reducir el monto de la pensión.—Cas. 11 marzo 1907 . . . . . I 76

PENSIONES MILITARES

1. *Competencia.—Excepción perentoria.* — Es competente la justicia ordinaria para conocer de la demanda sobre pago de las recompensas militares concedidas por las leyes de 21 de diciembre de 1888 y de 7 de febrero de 1895 á los que hicieron la campaña del Perú de 1838 y 1839.—Cas. 6 noviembre 1906 . . . . . I 58
2. Los agraciados por la ley de 21 de diciembre de 1888 tienen derecho al pago de la pensión á contar desde la fecha de dicha ley, y no sólo desde la fecha del decreto supremo que los declara comprendidos en sus disposiciones.—Mismo fallo.
3. *Competencia. — Retiro.*— Declarado el retiro de un militar por el Presidente de la Repú-

blica, á quien según el artículo 73 (82) número 11 de la Constitución Política, corresponde como atribución especial la facultad de conceder jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos con arreglo á las leyes, el decreto que tal declaración establece puede reputarse como un fallo jurídico, desde que decide derechos ciertos y positivos en favor de una determinada persona por haberse justificado que legítimamente le corresponden.—Cas. 26 octubre 1906 . . . . . I 273

4. Los derechos declarados á favor del militar por el decreto que concede su retiro, se incorporan á sus bienes patrimoniales y del dominio de ellos ó de una parte de ellos, por pequeña que sea, no puede ser privado sino por sentencia judicial ó por expropiación por causa de utilidad pública.—Mismo fallo.
5. Por consiguiente, concedida por decreto supremo cédula de retiro á un militar, y expresándose en ella que la pensión correspondiente se pagará desde la vigencia de la ley de 9 de enero de 1892, no puede declararse por decreto posterior que esta pensión ha de pagarse desde la vigencia de la ley de 2 de febrero de 1905, menoscabando así los derechos adquiridos por la primitiva cédula.—Mismo fallo.
6. Decretado el retiro por el Presidente de la República en uso de sus facultades privativas, son competentes los tribunales de justicia para determinar el día desde el cual debe pagarse la pensión correspondiente.—Mismo fallo.
7. *Competencia.*—La pensión de invalidez que la ley de 22 de diciembre de 1881 concede á los oficiales é individuos de tropa que han hecho las campañas contra el Perú y Bolivia en la guerra del Pacífico, no es de la naturaleza de aquellas que se conceden por la Ordenanza del Ejército, sino que es una recompensa especial acordada por la ley mencionada que se rige por ella.—Cas. 15 julio 1907 . . . . . I 331
8. Si bien el número 11 del artículo 73 de la Constitución Política establece que es atribución exclusiva del Presidente de la República el conceder pensiones de jubilación, retiros, licencias y goces de montepío con arreglo á las leyes, es competente la justicia ordinaria para conocer de una demanda por pensiones concedidas por la ley especial de 1881, pues esta recompensa no ha sido materia de las disposiciones, ni está sujeta á las prescripciones de la Ordenanza del Ejército.—Mismo fallo.
9. Aún cuando corresponde exclusivamente al Presidente de la República conceder jubilaciones, retiros, licencias y montepíos con arreglo a las leyes, concedido ó declarado el derecho al retiro, el conocimiento de las cuestiones que puedan producirse respecto del momento desde el cual deben gozarse ó el valor de las pensiones con que debe ser acudido el retirado, corresponde al Poder Judicial, ya que se trata de un mero juicio entre el solicitante y el Fisco.—C. A.—Mismo fallo.
10. El militar cuyo derecho á la pensión de invalidez, acordada por la ley de 22 de diciembre de 1881, ha sido declarado por decreto supremo el año 1899, tiene derecho al pago de esta pensión desde la fecha de la ley.—C. A.—Mismo fallo.
11. *Competencia.— Improcedencia.—Sentencia interlocutoria.* —Es competente la justicia ordinaria para conocer de una demanda de pago de pensiones militares por invalidez.—C. A. —Cas. 22 julio 1907 . . . . I 334

PÉRDIDA

Acciones.— Sociedad anónima. —Si los estatutos de una sociedad anónima de acciones al portador disponen que en el caso de que por cualquiera causa se pierda ó inutilice algún título de acción, la sociedad no dará duplicado, sino que se limitará á tomar las providencias que le fueren ordenadas por la autoridad judicial, el accionista cuyos títulos se han carbonizado en un incendio tiene derecho á que se le den otros títulos, en la forma que ordene la justicia ordinaria.—C. A. 18 diciembre 1906 . . . . . II 150

PERJUICIOS.— V. *Cuasi-delito.*

1. *Acción ejecutiva. — Casación en el fondo. — Obligación de hacer.—Promesa.*—No procede el cobro ejecutivo de los perjuicios que pueda ocasionar la falta de cumplimiento de una promesa de ex-vincular y vender en seguida una propiedad raíz, si no están determinados esos perjuicios por sentencia ejecutoria. — Cas. 13 octubre 1906 . . . . . I 4
2. *Abordaje.—Apreciación.—Capitán.—Naviero. — Reclamación.—Ultra-petita.*—Establecida la calidad de naviero del demandado, no infringe los artículos 865 y 878 del Código de Comercio la sentencia que lo declara responsable de los daños causados por un abordaje debido á impericia ó culpa del capitán, ya que en conformidad á esas disposiciones legales responde civilmente el naviero de los hechos del capitán y puede la acción dirigirse en contra de cualquiera de ellos. —Cas 11 abril 1907 . . . . I [illegible]
3. *Casación en la forma. — Ultra-petita.*—Si en la demanda se pide el pago de una suma dada como indemnización de perjuicios, es nula por falta «ultra-petita» la sentencia que, al confirmar la de primera instancia que daba lugar en parte á la indemnización pedida, declara que ésta debe pagarse en forma de una pensión vitalicia, y que la Empresa demandada debe constituir una garantía para responder por esa pensión durante el tiempo que ella debe durar. Esta última resolución se refiere á un punto no propuesto ni discutido por las partes.—Cas. 18 diciembre 1906 . . . . . I [illegible]
4. *Cuasi-delito. — Daño.—Negligencia.—Responsabilidad.*—La negligencia de parte de la Compañía de Vapores y del capitán de buque de mantener á bordo aparatos para la carga y descarga que no ofrecen seguridad para los operarios, los hace responsables solidariamente del daño causado á un trabajador con la caída de una "rueda catalina" que no se hallaba suficientemente afianzada, y los obliga á la indemnización de los perjuicios.—C. A. 4 septiembre 1905 . . . . . II [illegible]
5. *Fisco.—Ocupación.—Responsabilidad.*—Para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzada de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigen la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para comprometer al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación.—C. A. 29 octubre 1906 . . . . . II [illegible]
6. *Dependiente.— Injuria.—Resolución.* — Las imputaciones injuriosas contra el honor ó el crédito de una persona no dan derecho, por regla general, al pago de una indemnización pecuniaria, á menos de probarse daño emergente ó lucro cesante apreciable en dinero y no procede por lo demás la indemnización si se prueba la verdad de la imputación y si ella no es injuriosa.—C. A. 19 noviembre 1906 . . . . . II [illegible]
7. *Cuasi-delito. — Negligencia.*—Aparte del sentimiento y del valor de afección—que no se divisa por qué deban eliminarse en absoluto—la muerte de toda persona importa de por sí un perjuicio real y positivo, ya que por lo general, tanto en las naciones como en las familias, la vida humana es un elemento de verdadera riqueza; y bajo este aspecto, susceptible de una apreciación material ó en dine-

ro.—C. A. 27 julio 1907 . . . II 139

La dificultad para hacer esta apreciación y establecer su monto fijo por medio de testigos ó peritos, no significa que no debe efectuarse ó que el daño sea inapreciable pues, salvo casos muy calificados, la apreciación en materia de perjuicios queda siempre al arbitrio del juzgador, sin más norma que su buen criterio para calificar, en cada juicio, los diversos factores y las distintas circunstancias que le suministra el mérito de autos. —Mismo fallo.

Si en la demanda se cobra una cantidad determinada como indemnización por un accidente y en el curso del juicio no se rinde prueba que permita estimar el monto de esta indemnización, desechándose por este motivo la demanda en primera instancia, puede, sin embargo, el Tribunal de Alzada dar lugar á ella en cuanto se exige una indemnización, ordenando que la fije el juez *a quo* tomando en cuenta las facultades del demandado y demás antecedentes apreciables.—Mismo fallo.

PERTENENCIAS

1. *Casación en la forma.—Estacamentos.—Salitreras.—Sociedad conyugal.—Ultra-petita.*—Reconociéndose á un peticionario derecho á dos pertenencias en conformidad al artículo 26 del Código de Minería de 1874, no puede concederse á su cónyuge una tercera, porque las concesiones salitreras hechas á uno de los cónyuges entran á formar parte del haber de la sociedad conyugal y no del patrimonio del cónyuge denunciante.—C. A.—Cas. 31 diciembre 1906 . . . . . I 49
2. El inciso 2.º del artículo 6.º del Reglamento de 28 de julio de 1877, que establece que cada estacamento no puede tener sino una pertenencia, no debe prevalecer sobre la disposición del inciso 2.º del artículo 26 del Código de Minería de 1874, según el cual el descubridor dentro del radio de cinco kilómetros de mina registrada, tiene derecho á dos pertenencias.—Mismo fallo.
3. *Arenas auríferas. — Mina.—Sustancias de libre adquisición.*—Las arenas auríferas y demás sustancias minerales de los ríos y placeres, son denunciables y de libre adquisición, aunque el terreno en que se encuentre no sea erial, debiendo en este caso formarse las pertenencias mineras con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal.—C. A. 25 noviembre 1905 . . . . II 2

PERSONERÍA

Casación en la forma. — Considerandos.— Excepciones.— Juicio ejecutivo.— Ultra-petita.—Falla ultra-petita la sentencia del Tribunal de Alzada que rechaza la acción ejecutiva en virtud de la excepción de falta de personería, fundada en ciertos hechos y antecedentes jurídicos no discutidos ni propuestos en el juicio, siendo que la excepción de falta de personería opuesta por el ejecutado se fundaba en hechos y antecedentes diversos. La circunstancia de referirse el vicio en que se funda el recurso de casación á los términos en que aparecen redactados los considerandos del fallo recurrido, y la de que el tribunal sentenciador se haya limitado en la parte dispositiva de dicha resolución á declarar admitida la excepción de falta de personería, no modifica el aspecto jurídico de la cuestión, por cuanto esos considerandos son en este caso parte integrante y sustancial de lo dispositivo del fallo, ya que sin ellos no tendría éste existencia ni significado alguno legal.—Cas. 18 mayo 1907 . . . . . I 255

PERSONA JURÍDICA

1. *Ausente.—Curador.*—El nombramiento de curador de bienes de un ausente sólo se puede provocar respecto de una persona natural y no de una persona jurídica.—C. A. 27 septiembre 1906 . . . . . II 50
2. Las personas jurídicas, tanto las que se rigen por el Código Civil como las que están sometidas al Código de Comercio, son personas ficticias creadas por la ley y no son susceptibles de ser declaradas presentes ó ausentes en el sentido que la ley da á esta palabra.—Mismo fallo.

PETICIÓN DE HERENCIA

1. *Casación en el fondo. — Cesión de derechos hereditarios. —Nulidad. — Prescripción.— Rescisión.*—La acción de petición de herencia sólo se concede, según el artículo 1264 del Código Civil, al que pruebe su derecho á una herencia y contra la persona que la ocupe «en calidad de heredero». — Cas. 1.º septiembre 1906. . . . . I 19
2. Por consiguiente, debe anularse la sentencia que da lugar á la acción de petición de una herencia sin haber establecido el hecho de que el demandado ocupe en calidad de heredero la herencia que se reclama, fundándose en que era comunero á título de sociedad conyugal en una masa de bienes en que debían considerarse existentes los de dicha herencia, y aplicando así la disposición del artículo 1264 del Código Civil á un caso que está fuera del único determinado por ella.—Mismo fallo.

PLAZO

1. *Formalización.—Improcedencia.—Multa.*—Es improcedente el recurso de casación formalizado después del plazo que concede la ley. La cuarta parte de la suma consignada debe aplicarse á beneficio fiscal si la parte que ha anunciado el recurso no lo formaliza en el termino legal.—Cas. 20 octubre 1906 . . . . . I 145
2. *Improcedencia.— Formalización.*—Si se anuncia conjuntamente los recursos de casación en la forma y en el fondo, debe aquél formalizarse siempre dentro del plazo de cinco días. Cas. 12 marzo 1906.....I 152
3. *Acción posesoria. — Ampliación.—Apelación. — Apreciación.—Causales.—Contra-querella.—Cosa juzgada.—Costas. — Desistimiento. — Fiscal. — Municipalidad. — Omisión.— Parte agraviada.—Posesión.— Querella.—Sentencia.—Ultra-petita.*—Interpuesto el recurso de casación, no puede hacerse en él variación de ningún género. No procede, por tanto, la ampliación del recurso, aunque ésta se haya formulado con los requisitos legales y dentro del plazo especial concedido por la ley para interponerlo.— C. S. 15 octubre 1904 . . . . I 294
4. *Anuncio.—Citación para sentencia.—Expresión de agravios.— Improcedencia. — Poder.—Procurador de turno.*— Es improcedente el recurso de casación en el fondo anunciado fuera del plazo legal.—Cas. 7 mayo 1907 . . . . . I 232
5. *Fuerza mayor.—Impedimento —Legitimación. — Notificación.*—El instrumento público de legitimación debe otorgarse á la fecha de la celebración del matrimonio, ó en caso de impedimento grave, dentro de los treinta días subsiguientes á ella, so pena de nulidad.—C. A. 5 septiembre 1906 . . . . . II 36
6. Puede extenderse el instrumento de legitimación después de expirado el plazo de treinta días que señala la ley, si habiendo solicitado los padres el otorgamiento antes de su vencimiento, no pudo ello tener lugar por la práctica de otras diligencias ordenadas por el juez, las cuales importan fuerza mayor.—Mismo fallo.
7. La ley no fija plazo para la notificación del instrumento de legitimación á las personas que se quiere legitimar.—Mismo fallo.

8. *Querellas.—Testigos.*—No debe procederse al examen de los testigos del querellado si éste no presentó su lista de testigos antes de las doce del día anterior al designado para la audiencia, sino este mismo día; sin que valga la circunstancia de no haber tenido lugar el comparendo ese día sino muchos días después.—C. A. 22 octubre 1906 . . . . . II 49

9. *Promesa.—Nulidad.*—La promesa de celebrar un contrato no produce efecto alguno, salvo que concurran las circunstancias que enumera el artículo 1554 del Código Civil, entre las cuales figura la de que la promesa contenga un plazo ó condición que fije la época de la celebración del contrato.—En consecuencia, es nulo el contrato de venta que carece de este requisito.—C. A. 5 noviembre 1906 . . . . . II 97

10. *Prescripción.—Título ejecutivo.*—Debe denegarse la ejecución si el título presentado tiene más de diez años contados desde que la obligación se hizo exigible.—La circunstancia de que aparezcan en el título abonos hechos á la deuda, que no aparecen aceptados por el deudor, no es antecedente para establecer que desde la fecha del último de esos abonos debe contarse el plazo de diez años á que se refiere el artículo 463 del Código de Procedimiento Civil. Este plazo debe contarse desde que se cumplió el término fijado en el mismo título, esto es, desde que la obligación se hizo exigible.—C. A. 11 diciembre 1906 . . . . . II 135

11. *Reconvención.* — El término para contestar la reconvención es de quince días.—C. A. 5 diciembre 1906 . . . . . II 137

PLURALIDAD DE PARTES

1. *Apelación. — Cuantía.* — Si varias personas han demandado conjuntamente á otra para exigir el pago de servicios prestados, el monto de la demanda no es el que resulta de la suma de las cantidades cobradas, sino el que separadamente tenga los créditos de cada acreedor. —C. A. 27 octubre 1906 . . II 82

2. Aunque el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil autoriza para intervenir en un mismo juicio á varias personas que deduzcan acciones que emanen de un mismo hecho, de la historia fidedigna de su establecimiento consignada en las actas de la Comisión Revisora se desprende que no se refiere al caso de varios acreedores que se unen para exigir el pago de los servicios adeudados á cada uno de ellos por el demandado. Aún suponiendo aceptable que se junten distintas personas para litigar en un sólo pleito ejercitando idénticas acciones contra otro, no puede sostenerse que el monto de la demanda debe ser la suma de las cantidades cobradas, pues de este modo se podría alterar no sólo el procedimiento establecido para la sustanciación de los juicios, sino aún la competencia del Tribunal llamado á fallarlos, procedimiento y Tribunal que quedarían á elección de los demandantes, elevándose el monto de la demanda con juntarse para entablarla.—Mismo fallo.

PODER.—V. *Mandato.*

1. *Anuncio.—Citación para sentencia.— Expresión de agravios.—Improcedencia. — Plazo.— Procurador de turno.*— Constituído legalmente el mandato para segunda instancia, el mandatario tiene facultad bastante para representar al mandante en todas las segundas instancias de la causa con arreglo á los artículos 8 y 11 del Código de Procedimiento Civil y su representación no caduca sino por la revocación de su mandato ó por otras causas legales. Por consiguiente, hecha la expresión de agravios y notificada la citación para sentencia á un procurador que entró como procurador de turno á representar á la parte que gozaba de privilegio de pobreza, y la representó en diversas apelaciones con su aquiescencia, la sentencia que se dicte no adolece de nulidad por la circunstancia de haber representado á la misma parte, en la primera apelación de la causa, otro procurador que en aquella fecha se hallaba de turno.— Cas. 18 julio 1906 . . . . . I 232

2. *Juicio ejecutivo.—Parte agraviada.—Tercería.* —Siendo la tercería un incidente del juicio ejecutivo, el poder dado para éste es bastante aquella.— C. A. 12 julio 1906 . . . . . II 106

PORCIÓN CONYUGAL

Confesión. — Deudas hereditarias.—Heredero á título universal.—Principio de prueba por escrito.— Prueba.— Sociedad conyugal.—El cónyuge á quién por cuenta de porción conyugal ha cabido, á título universal, alguna parte en la sucesión del difunto, es responsable á prorrata de esa parte, como los herederos por sus respectivas cuotas y las deudas hereditarias se dividen también á prorrata de sus cuotas. —C. A. 17 noviembre 1906.. II 73

POSESIÓN

1. *Casación en el fondo.—Demarcación. — Ocupación bélica.— Salitreras.* — La acción que concede el artículo 842 del Código Civil corresponde al dueño de un predio y quien la deduce tiene que acreditar que verdaderamente es propietario ó á lo menos que es poseedor del que trata de deslindar.— Cas. 30 noviembre 1906 . . I 16

2. No tienen dominio verdadero ó aparente de los terrenos salitrales de Tarapacá los denunciantes que no tenían la posesión real de sus estacamentos ú oficinas á la epoca de la ocupación de esa provincia por las armas de la República, y la sentencia que les reconoce dominio infringe los artículos 2 y 8 del tratado de paz con el Perú, promulgado como ley nacional el 20 de mayo de 1884, en el cual se consideró el decreto de 28 de marzo de 1882, que había reglamentado la propiedad salitrera privada de Tarapacá sobre la base del régimen legal antes establecido, «no reconociendo otros títulos y derechos á este respecto que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que las que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva» —Mismo fallo.

3. *Actos de mera facultad.— Aguas.— Canal. — Prescripción.—Servidumbre.* — El hecho de haber permitido los dueños de un cauce artificial que un tercero extraiga por un cañón una parte del agua de dicho canal que antes arrendaba, después de expirado el arriendo, es un acto de mera facultad ó tolerencia que no confiere posesión ni da fundamento á prescripción.—Cas. 3 agosto 1907 . . . . . I 44

4. *Acción posesoria. — Ampliación.—Apelación. — Apreciación.—Causales.—Contra querella.—Cosa juzgada —Costas. —Desistimiento.—Fiscal.—Municipalidad.—Omisión.—Parte agraviada.— Plazo.—Querella.—Sentencia. — Ultra-petita.* — Establecido por los jueces de la causa el hecho de que el querellante no ha poseído tranquila y no interrumpidamente durante un año completo la plaza que es objeto de la querella, se impone el rechazo de ésta, porque no puede instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo. —Cas. 20 diciembre 1906.. I 24

5. *Acción posesoria.—Causales —Estado. — Salitreras.* — La posesión de los yacimientos de salitre pertenece al Estado por el ministerio de la ley y sólo pueden adquirirlos los

particulares á virtud de concesión otorgada por autoridad competente y con las formalidades legales.—En consecuencia, si el Fisco se querella de amparo contra particulares que han ocupado, á su juicio indebidamente, un yacimiento salitral, es innecesario apreciar el mérito de las informaciones de testigos rendidas por las partes, porque la posesión de dicho yacimiento pertenece al Estado por ministerio de la ley, y debe aceptarse la querella. Cas. 17 diciembre 1906..... I 301

6. El particular que pretende la propiedad ó posesión de un estacamento salitral debe acreditarlo por medio de la concesión hecha por el Estado en forma legal, ya que sin esa concesión la posesión y menos la propiedad de dicho estacamento, no ha podido salir de manos del Estado.—No prueba, en consecuencia, su derecho con la sola presentación de una escritura de compraventa á otro particular, posterior al decreto de 30 de mayo de 1884, que suspendió en todo el territorio de la República el otorgamiento de concesiones de salitre.—Mismo fallo.

7. La posesión que el Estado tiene de los terrenos salitrales emana de la ley y se acredita con ella misma, y aunque pudiera argüirse que la ley establece más bien el dominio que la posesión, y que los títulos que acreditan el dominio no deben tomarse en cuenta en los juicios posesorios, procedería en este caso la excepción de inciso 2.° del artículo 923 del Código Civil, ya que el título, que es la ley, puede probarse sumariamente.—Mismo fallo.

8. *Aguas.— Obras aparentes.*—Habiéndose concedido en diferentes fechas á dos personas mercedes de aguas en el mismo estero, debe ser preferida la que primero entró en posesión ejecutando obras aparentes para el uso de las aguas, aunque su merced sea de fecha posterior.—C. A., 26 diciembre 1906 . . . . . II 26

9. *Acción posesoria.—Inscripción.*—No puede entablar acción posesoria sino el que pruebe haber estado en posesión real, tranquila y no interrumpida por un año completo, del terreno á que se refiere la querella, y esta prueba debe rendirse acreditando hechos positivos de aquellos á que solo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones ó sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.—Estos hechos no se acreditan con la simple presentación de un título inscrito, porque la inscripción es un requisito legal para solemnizar la tenencia con ánimo de señor, lo cual únicamente caracteriza la posesión y es indudable que la inscripción, excepcionalmente exigida respecto de ciertos bienes por el artículo 724 del Código Civil, debe concurrir con el hecho y circunstancias constitutivas de la posesión.—C. A., 23 octubre 1906 . . . . . II 86

POSESIÓN EFECTIVA

***Causal.—Descubrimiento. — Estacamento.—Mensura.— Salitreras.*—Es infundada la causal de casación que se basa en no haberse concedido á los demandantes herederos del dueño de un pedimento salitrero, la posesión efectiva de la herencia de su causante, circunstancia que los inhabilitaría á juicio del recurrente para pedir la mensura de ese pedimento, porque la mensura no es un acto de transferencia de dominio, ni implica de parte de los herederos el disponer de algún modo de la indicada pertenencia, contraviniendo al artículo 688 del Código Civil y porque, además, consta de autos que se concedió á esos herederos dicha posesión efectiva.—Cas. 14 mayo 1907 . . . I 249**

POTESTAD MARITAL

***Alimentos.—Cónyuges. — Divorcio.— Hijos.— Patria potestad. — Sociedad conyugal.*—Si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley le confiere no lo autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio, restableciendo el régimen correcto y legal, y ordenando al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por ley tienen derecho.—Cas. 19 abril 1907 . . . . . I 186**

PRECIO

1. *Cosa juzgada. — Hipoteca. — Juicio ejecutivo.—Nulidad.— Remate. — Salitreras.— Tasación.*—No infringe el artículo 1723 del Código Civil, la sentencia que rechaza la acción de nulidad de la escritura pública de remate fundada en no haberse fijado precio á los inmuebles subastados, si de esa misma escritura aparece que dicho precio se fijó.—Cas. 25 julio 1907. . . . . I 375

2. Pedida la nulidad de las escrituras de remate por no haber sido tasadas las salitreras adjudicadas por ella, no procede esta acción si del informe del perito nombrado para valorizar los bienes embargados aparece que estimó el valor del caliche existente en dichas pampas en la cantidad de $ 13.000,000, agregando si las consideraciones que á su juicio hacían disminuir ó anular su valor, hasta el punto de imponer una pérdida al que se dedicase á su elaboración con motivo del impuesto de exportación, por lo que se deben tomar sólo en ese sentido restrictivo las frases «con exclusión de la pampa misma» ó «excluidas las pampas mismas», de que se sirve en su informe, sin que pueda establecerse por esto que no fueron realmente apreciadas en lo que en concepto del perito valían y de que se omitiera la formalidad ordenada en el artículo 46 de la ley de 8 de febrero de 1837. Mismo fallo.

3. *Apreciación. — Compraventa. — Interpretación. — Ley del contrato.— Moneda.* — En un contrato de compra-venta el pago debe hacerse, bajo todo respecto, en conformidad al tenor de la obligación, y cuando esta es clara no hay para qué desatenderse su tenor literal á pretexto de consultar su espíritu.—Expresando el contrato que las mercaderías deben pagarse al cambio de 18 peniques por peso, sólo cumple su obligación el comprador pagando en moneda esterlina, ó su equivalente estimado al cambio de 18 peniques por peso, y no pagando simplemente en pesos chilenos, sin atender el cambio, con el pretexto de que estos pesos son legalmente de 18 peniques.—C. A., Cas. 17 agosto 1907 . . . . . I 405

PREFECTO DE POLICÍA

***Registros electorales.*—En conformidad á lo dispuesto en el artículo 26 núm. 6.° de la Ley de Elecciones, debe ser excluido de los registros electorales la persona que desempeña el puesto de Prefecto de Policía, pues presta un servicio rentado. — C. A., 19 noviembre 1906..... II 69**

PRENDA

1. *Casación en el fondo.—Causales de casación.—Entrega.—Formalización.*— Para que el contrato de prenda sea válido es necesario que se designe determinadamente la cosa específica dada en garantía.—Cas. 5 julio 1906 . . . . . I 1

2. El contrato de prenda no se perfecciona sino por la entrega de la cosa al acreedor; y no puede estimarse como entrega ficticia ó simbólica aquella en que se deja en poder del deudor la cosa ó cosas que éste da en prenda; cuando ellas no pueden determinarse.—Mismo fallo.

PRESCRIPCIÓN

1. *Legitimario—Reforma.—Testamento.*—La prescripción de cuatro años que fija el artículo 1216 del Código Civil para pedir la reforma de un testamento, se refiere únicamente «á los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde», ó sea á aquellos á quienes el testador menciona como tales legitimarios y les asigna una porción de bienes inferior á la que debe tocarles. — Esta prescripción no es aplicable al caso del legitimario que, por haber sido pasado en silencio en el testamento, se entiende instituído heredero en su legítima. —Cas. 8 noviembre 1906..... I 10

2. *Casación en el fondo.—Cesión de derechos hereditarios.—Nulidad.—Petición de herencia. — Rescisión.* — La acción para pedir la rescisión de una compraventa de derechos hereditarios prescribe en el plazo de cuatro años.—Cas. 1.° septiembre 1906..... I 19

3. *Afluente. — Aguas.—Apreciación. — Bienes nacionales. — Cosa juzgada.*- El derecho que el artículo 834 del Código Civil concede al dueño de una heredad para usar de las aguas de uso público que corren naturalmente, por ellas y el derecho que emana de una merced concedida á ese dueño por la autoridad administrativa, se limitan en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido con anterioridad, por prescripción ú otro título, el derecho de servirse de las mismas aguas.—Cas. 4 agosto 1906 I 126

4. Si las aguas de un estero que sirve de afluente á un río tienen influencia notable en el aumento ó disminución de las aguas de un canal que se saca de ese río, estas aguas no pueden considerarse entre sí como independientes y distintas.—Por consiguiente, el uso que de las aguas de ese estero pueda hacer el dueño de la heredad superior, en virtud de una merced recientemente concedida por la autoridad administrativa «sin perjuicio de terceros», se halla limitado y subordinado al uso adquirido con anterioridad por el dueño de la heredad inferior que ha estado gozando su derecho de un modo público, pacífico y no interrumpido durante más de cuarenta años por medio de un canal construído en el río á que dicho estero sirve de afluente. —Mismo fallo.

5. *Casación en el fondo.—Causal. —Cuentas. — Curador. —Entrega.—Formalización.—Parte agraviada.*— Contra la acción del pupilo que exige al curador la entrega de una cantidad determinada que le pertenece no procede la prescripción de cuatro años establecida por el artículo 425 del Código Civil, sino la ordinaria.—Cas. 20 noviembre 1906... I 161

6. La acción para exigir al curador la rendición de cuentas prescribe en cuatro años.—Mismo fallo.

7. *Aguas.— Apreciación. — Causal.—Formalización.—Instrumento privado. — Omisión. — Prueba.—Reclamación.— Reivindicación.—Sentencia.*—Establecida por el Tribunal sentenciador la posesión regular de más de diez años que el demandante ha tenido sobre el canal de regadío materia del juicio, debe aceptarse la prescripción adquisitiva de dominio que invoca en la demanda. —Cas. 10 julio 1907 . . . . I 355

8. Establecido por los jueces de la causa el hecho de que el demandante no tiene justo título para amparar el dominio que pretende como poseedor regular de un canal de regadío, ni haber poseído durante treinta años, no infringe disposición legal alguna la sentencia que rechaza las prescripciones ordinaria y extraordinaria que invoca el demandado.—Mismo fallo.

9. *Actos de mera facultad.—Aguas.—Canal — Posesión.—Servidumbre.*— Para adquirir la servidumbre voluntaria de servirse en beneficio propio de las aguas de un canal construído á expensa ajena ó, lo que es lo mismo, el dominio de una parte de las aguas de dicho canal por haberse servido de ellas durante cierto tiempo, debe probarse la existencia de la servidumbre y, no habiendo tenido posesión regular, la prescripción de treinta años, conforme al artículo 2510 del Código Civil, no siendo bastante para adquirir el dominio del agua la prescripción de diez años que se invoca. - Cas. 3 agosto 1907..... I 442

10. El hecho de haber permitido los dueños de un cauce artificial que un tercero extraiga por un cañón una parte del agua de dicho canal que antes arrendaba, después de expirado el arriendo, es un acto de mera tolerancia que no confiere posesión ni da fundamento á prescripción.—Mismo fallo.

11. *Avalúo. — Causal.—Competencia.— Expropiación.—Juicio de hacienda. — Nulidad.*- Fijado por una ley de expropiación el plazo de veinte días para reclamar del avalúo practicado y reclamado oportunamente este avalúo, si el reclamante deja transcurrir más de cuatro años sin proseguir en la tramitación del juicio, prescribe su acción y no puede alegar la interrupción de la prescripción en conformidad al artículo 2503 del Código Civil.—Cas. 19 agosto 1907..... I 421

12. *Apelación.— Apreciación.—Competencia.—Días feriados.* —Concedida la apelación en ambos efectos y devueltos los autos á primera instancia para la agregación de ciertos documentos, es competente el tribunal inferior para entender en las gestiones que se hicieren para declarar prescrita la apelación por haber trascurrido más de un año sin que se hiciera gestión alguna para que el recurso se llevara á efecto y quedara en estado de fallarse por el superior.—Cas. 23 agosto 1907..... I 425

13. Es un hecho de la causa establecido por el tribunal sentenciador en uso de sus facultades privativas, el de que las partes en un juicio dejaron pasar más de un año sin hacer gestión alguna para que una apelación se llevara á efecto. Esta apreciación aún en el supuesto de ser equivocada, es un antecedente inamovible para el tribunal de casación.—Mismo fallo.

14. A mayor abundamiento, en el supuesto de no haber trascurrido ese plazo si se descontaran los días feriados, como pretende el recurrente, el recurso sería en todo caso improcedente porque sólo se fundó en la infracción de los artículos 214 y 234 del Código de Procedimiento Civil, y no en la del artículo 69 de ese Código que sería el único pertinente.—Mismo fallo.

15. *Pagaré á la orden.—Principio de prueba por escrito.—Prueba.*— La prescripción de cuatro años establecida para las letras de cambio, es aplicable á los pagarées á la orden causados por una operación de comercio, como la compra de una letra de cambio.—C. A. 6 octubre 1905 . . . . . II 5

16. *Autorización judicial.—Bienes inmuebles.—Marido.—Ma-*

jer casada.—Nulidad.—Ratificación.—Rescisión.—Separación de bienes.—La acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contados, cuando procede de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado la incapacidad. Cesando la incapacidad de la mujer casada por la sentencia que declaró la separación de bienes entre ella y su marido, y habiendo trascurrido más de cuatro años entre esa sentencia y su fallecimiento, no trasmite á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria de las enajenaciones de bienes raíces efectuadas por ella sin autorización judicial, y mientras era incapaz, por cuanto á su fallecimiento dicha acción ya había prescrito.—C. A. 3 noviembre 1906 ..... II 43

17. *Servidumbre. — Tránsito.* —Las servidumbres discontinuas, como la de tránsito, y las continuas inaparentes, no pueden adquirirse por prescripción; ni aún el goce inmemorial basta para constituirlas, y sólo pueden adquirirse por medio de un título.— C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II 105

18. *Plazo. — Título ejecutivo.*— Debe denegarse la ejecución si el título presentado tiene más de diez años contados desde que la obligación se hizo exigible. La circunstancia de que aparezcan en el título abonos hechos á la deuda, que no aparecen aceptados por el deudor, no es antecedente para establecer que desde la fecha del último de esos abonos debe contarse el plazo de diez años á que se refiere el artículo 463 del Código de Procedimiento Civil. Este plazo debe contarse desde que se cumplió el término fijado en el mismo título, esto es, desde que la obligación se hizo exigible.—C. A. 11 diciembre 1906..... II 135

PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO

1. *Pagaré á la orden.—Prescripción.—Prueba.*— La escritura de venta de una hacienda con todos sus animales, que debían ser entregados en el mismo fundo y debiendo pagarse parte de su precio en ciertos plazos, y que ha sido firmada por el damandado á quien se cobra el valor de los animales, constituye un principio de prueba por escrito que hace admisible la prueba testimonial.—C. A. 6 octubre 1905..... II 5

2. *Confesión.— Deudas hereditarias.—Heredero á título universal.— Porción conyugal.— Prueba.—Sociedad conyugal.*— La deuda confesada en el testamento debe darse por legalmente establecida si hay de ella, además, un principio de prueba por escrito.—C. A. 16 noviembre 1906 . . . . . II 73

3. Si el documento en que consta la obligación corresponde exactamente á las anotaciones de un cuaderno del deudor cuya autenticidad es evidente, y si además los peritos informan que la letra de dicho documento es igual á la de las firmas auténticas del deudor con las cuales lo han cotejado, el expresado documento constituye un principio de prueba por escrito, pues es un acto escrito del demandado ó su causante que hace perfectamente verosímil el hecho litigioso constante del testamento.— Mismo fallo.

PROCEDENCIA del recurso de casación.—V. *Admisibilidad.— Improcedencia.*

PROCEDIMIENTO

I. *Causal.*—El haberse seguido en primera instancia en un juicio el procedimiento sumario y no el ordinario, podría dar motivo á un recurso de casación en la forma, pero no autoriza un recurso de casación en el fondo si la tramitación de que se reclama no ha influído de ningún modo en lo dispositivo de la sentencia recurrida y fué sancionada y aceptada expresamente por el recurrente.— Cas. 13 junio 1907 . . . . . I 285

2. *Apreciación.— Arrendamiento.—Causal.—Reclamación. — Retención.*—No puede invocarse ante el tribunal de casación una infracción de ley fundada en no haberse tramitado un juicio con arreglo al procedimiento ordinario, si el recurrente se sometió á la tramitación dada por el juez de primera instancia sin reclamar ni hacer observación alguna.— Cas. 22 junio 1907 . . . . . I 287

PROCURADOR.—V. *Mandato. — Poder.*

PROCURADOR DE TURNO

Anuncio.—Citación para sentencia.—Expresión de agravios. —Improcedencia. —Plazo. — Poder.—Constituído legalmente el mandato para segunda instancia, el mandatario tiene facultad bastante para representar á su mandante en todas las segundas instancias de la causa, con arreglo á los artículos 8 y 11 del Código de Procedimiento Civil, y su representación no caduca sino por la revocación ó por otras causas legales. Por consiguiente, hecha la expresión de agravios y notificada la citación para sentencia á un procurador que entró como procurador de turno á representar á la parte que gozaba de privilejio de pobreza, y la representó en diversas apelaciones con su aquiescencia, la sentencia que se dicte no adolece de nulidad por la circunstancia de haber representado á la misma parte, en la primera apelación de la causa, otro procurador que en aquella fecha se hallaba de turno.—Cas. 18 julio 1906. . I 232

PROMESA DE CONTRATO

1. *Acción ejecutiva. — Casación en el fondo. — Obligación de hacer.—Perjuicios.*— La promesa de ex-vincular y vender en seguida una propiedad raíz por un precio y dentro de un plazo que se fija en el contrato otorgado por escritura pública, reúne todos los requisitos para su validez; y puedo exigirse ejecutivamente el cumplimiento de ambas obligaciones.— Cas. 13 octubre 1906 . . . . I 4

2. *Plazo.—Nulidad.*—La promesa de celebrar un contrato no produce efecto alguno, salvo que concurran las circunstancias que enumera el artículo 1554 del Código Civil, entre las cuales figura la de que la promesa contenga un plazo ó condición que fije la época de la celebración del contrato.— Por consiguiente, es nulo el contrato de promesa de venta que carece de ese requisito.— C. A. 5 noviembre 1906 . . . II 97

PRÓRROGA

1. *Causales. — Consentimiento.— Nulidad.*—Si en un contrato para el alumbrado público de una ciudad se confirió á uno de los contratantes la facultad de aceptar, una vez terminado el plazo, un precio dado por cada luz y por el tiempo que estimase conveniente, y si la sentencia recurrida en casación establece el hecho de que dicho contratante manifestó oportunamente al otro su voluntad de continuar por un nuevo término en las audiciones que fijaba el contrato, por lo cual éste debía considerarse renovado entre los contratantes, no infringe esta sentencia el precepto del artículo 1437 del Código Civil por falta de consentimiento de los partes, porque ese consentimiento fué prestado por los contratantes en el primer contrato.—Cas. 15 diciembre de 1906 . . . . . I 290

2. *Apreciación. — Arrendamiento.* —Terminado el plazo de un arrendamiento si el arrendatario continúa en la ocupación y goce de la cosa, esta ocupación hace suponer en él, salvo prueba en contrario, la intención ma-

nifiesta de prorrogar el arriendo, y cuando de esa intención participa también el arrendador, el arrendamiento se entiende legalmente prorrogado por tres meses más, si se trata de predios urbanos, sin perjuicio de que esta manera de renovación del contrato se repita trimestralmente si concurren las mismas circunstancias que produjeron la primera prórroga.—Cas. 12 julio 1907 . . . . . I 324

PROTOCOLIZACIÓN

Prueba testimonial.—Testamento.—Las diligencias para protocolizar un testamento verbal, cuando no ha existido oposición de parte, no constituyen contienda civil sino un acto de jurisdicción no contenciosa.—Cas. 17 octubre 1906 . . . . I 143

PRUEBA

1. *Agregación de documentos.—Casación en la forma.—Causales.—Competencia.—Instrumento público.—Testigos.*—El documento en que se contiene la copia de la declaración de un testigo prestada ante otro juez es prueba instrumental, y debe ser reputado como público: la calificación de su valor jurídico corresponde á los jueces de la causa al valorar en definitiva la fuerza de las pruebas aducidas.—Cas. 5 octubre 1906..... I 225
2. *Aguas. — Apreciación.—Causal.—Formalización.—Instrumento privado. — Omisión.—Prescripción. — Reclamación. —Reivindicación.—Sentencia.* —No viola el artículo 1703 del Código Civil la sentencia que toma en cuenta documentos privados para establecer los hechos del pleito, si de ella misma aparece que no les ha dado el alcance de prueba decisiva y única, sino sólo de presunciones ó de antecedentes complementarios de la prueba testimonial.—Cas. 10 julio 1907 . . . . . I 355
3. *Aguas. — Apreciación.—Causal.—Formalización.—Instrumento privado.— Omisión.— Prescripción.— Reclamación. Reivindicación. — Sentencia.* —No incurre en nulidad la sentencia que no recibe á prueba la excepción de prescripción alegada por una parte, si ésta no ofreció prueba testimonial para acreditarla, y, por el contrario, manifestó que la fundaba en los antecedentes escritos de los autos.—Cas. 29 mayo 1905. . . . . I 355
4. No habiéndose reclamado oportunamente de la resolución de la Corte de Apelaciones que citó á las partes para sentencia sin haber recibido á prueba la excepción de prescripción alegada en segunda instancia, no puede fundarse en esta circunstancia un recurso de casación en la forma contra la sentencia de la Corte.—Mismo fallo.
5. *Causal. — Contribución.—Excepciones —Instrumento privado.—Testigos. — Título ejecutivo.*—No puede fundarse un recurso de casación en la infracción del artículo 1702 del Código Civil si, lejos de haber sido reconocido el documento en que se funda la excepción en el juicio, fué terminantemente desconocida su firma y no fué mandado tener por reconocido.—Cas. 2 agosto 1907 I 415
6. No infringe el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil la sentencia que no acepta como prueba plena las declaraciones de dos testigos contestes, si estas declaraciones se produjeron fuera del término legal y si, además, aparecen desvirtuadas por las declaraciones de los testigos de la parte contraria, por las posiciones absueltas por esta parte y por los antecedentes del proceso en general.—Mismo fallo.
7. *Apreciación.— Falsedad.—Instrumento público.—Testamento.*—El artículo 1700 del Código Civil se refiere á los instrumentos verdaderos, y nada estatuye acerca del modo y forma como deban redargüirse por la falsedad de que puedan adolecer.—Cas. 2 agosto 1907 I 430
8. Las leyes penales y civiles, y en especial los artículos 344 y 432 del Código de Procedimiento Civil, permiten expresamente impugnar la autenticidad de todo instrumento público y privado ó probar las suplantaciones cometidas, y aceptan como medios probatorios del hecho, tanto el cotejo de letras, como los que «las leyes autorizen para la prueba del fraude», con la restricción del artículo 432 citado, para cuando se procure invalidar una escritura pública con sólo prueba testimonial.—Por consiguiente, y no tratándose de este caso, son admisibles todos los medios probatorios para probar que un testamento es falsificado y por tanto nulo.—Mismo fallo.
9. *Pagaré á la orden.—Prescripción.— Principio de prueba por escrito.*— La escritura de venta de una hacienda con todos sus animales, que debían ser entregados en el mismo fundo y debiendo pagarse parte de su precio en cierto plazos, y que ha sido firmada por el demandado á quien se cobra el valor de los animales, constituye un principio de prueba por escrito que hace admisible la prueba testimonial.—C. A. 6 octubre 1905..... II 5
10. *Estado civil.*—No es aceptable la prueba testimonial de la posesión notoria de diversos estados civiles cuando no se ha explicado satisfactoriamente ni ménos probado la falta de las respectivas partidas ó el extravío del libro ó registro en que debieran encontrarse. —C. A. 8 octubre 1906..... II 63
11. *Estado civil —Hijo legítimo.* —La posesión notoria del estado de hijo legítimo consiste en que los padres lo hayan tratado como tal, proveyendo á su educación y establecimiento de un modo competente, y presentándolo en ese carácter á sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio en general le hayan reputado y reconocido como hijo legítimo de tales padres.—C. A. 8 noviembre 1906..... II 67
12. La posesión notoria del estado civil, para servir de prueba de este estado, debe durar diez años continuos por lo menos. —Mismo fallo.
13. No es prueba bastante de la posesión notoria del estado civil de hijo legítimo, la declaración de testigos que no pueden aseverar que la persona que pretende dicho estado haya vivido más de diez años al lado de sus padres, que se limitan á decir que esa persona era tenida entre todos los que la conocían y ha sido siempre considerada por sus relaciones sociales como hija legítima de tales padres, pero no que éstos la hubieran tratado como hija legítima y la hubieran presentado en ese carácter á sus deudos y amigos. —Mismo fallo.
14. *Confesión.— Deudas hereditarias.— Heredero á título universal. — Porción conyugal. — Principio de prueba por escrito. — Sociedad conyugal.*— La deuda confesada en el testamento debe darse por legalmente establecida si hay de ella, además, un principio de prueba por escrito.—C. A. 16 noviembre 1906..... II 73
15. Si el documento en que consta la obligación corresponde exactamente á las anotaciones de un cuaderno del deudor cuya autenticidad es evidente y si, además los peritos informan que la letra de dicho documento es igual á la de las firmas auténticas del deudor con las cuales lo han cotejado, el expresado documento constituye un principio de prueba por escrito, pues es un acto escrito del demandado ó su causante que hace perfectamente verosímil el hecho litigioso constante del testamento.—Mismo fallo.

PRUEBA TESTIMONIAL

Protocolización.— Testamento.— La recepción de la prueba testimonial que corresponde á los

Tribunales de Alzada, en el caso del artículo 230 del Código de Procedimiento Civil, es sólo facultativa; y de esta atribución pueden ó nó hacer uso cuando lo estimen necesario para la resolución del juicio. No es nula, por lo tanto, la sentencia que rechaza la prueba testimonial ofrecida en segunda instancia.—Cas. 17 octubre 1906..... I 143

Q

QUERELLA

1. *Ultra-petita.* — No falla ultra-petita la sentencia dictada en una querella, que se limita en su parte resolutiva á no dar lugar lisa y llanamente «al interdicto promovido».— Cas. 15 setiembre 1906 . . . . . I 40
2. *Acción posesoria. — Ampliación.— Apelación.— Apreciación. —Causales.—Contra-querella.—Cosa juzgada.—Costas. — Desistimiento. — Fiscal.— Mani ipalidad.— Omisión.— Parte agraviada. — Plazo.— Po esión.—Sentencia.—Ultra-petita.*—No omite la resolución del asunto controvertido la sentencia de segunda instancia que, revocando la de primera que daba lugar á una querella sin pronunciarse sobre la contra-querella deducida por el querellado, se limita á rechazar la querella, si en este rechazo vá envuelta implícitamente la aceptación de la contra-querella que no tenía más objeto que enervar la querella, y si el fallo de primera instancia tampoco se pronunció expresamente sobre la contra-querella.—Cas. 1.° diciembre 1904.....I 294
3. *Plazo.—Testigos.*— No debe procederse al exámen de los testigos del querellado si éste no presentó su lista de testigos antes de las doce del día anterior al designado para la audiencia, sino este mismo día, sin que valga la circunstancia de no haber tenido lugar el comparendo ese día sino muchos días después.—C. A. 22 octubre 1906 . . . . . II 49

QUIEBRA

1. *Cosa juzgada. — Nulidad. — Ultra-petita.*—No falla ultra-petita la sentencia que declara la nulidad de unos contratos celebrados por un fallido, fundándose en el artículo 1376 del Código de Comercio, si la demanda se fundaba precisamente para pedir esa nulidad, entre otras prescripciones, en ese artículo.— Cas. 6 noviembre 1906 . . . . . I 138
2. *Bienes no embargables. - Desasimiento.--Donación.—Fallido.*—Desde la hora en que se pronuncie la declaración de quiebra el fallido queda inhibido de derecho de la administración de sus bienes, pero conserva el dominio de ellos y la administración de los no embargables. Por consiguiente, es procedente la acción del fallido para que se le restituya el fundo donado á él y á su mujer con la expresión de no embargable, habiéndose hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente.—C. A. 21 diciembre 1905 . . . . . II 30
3. *Cesación de pagos. — Convenio.—Esperas. — Remisión.*— Un comerciante que no ha sido declarado en quiebra puede celebrar con sus acreedores convenciones en que se le concedan rebaja de créditos y plazo para el pago. El Código de Comercio las autoriza al decir en el artículo 1326 que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimemente otorgan esperas al deudor comun.—C. A. 28 diciembre 1906 . . . . . II 156
4. La ley no exige que estas convenciones se hagan con intervención de la justicia ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes y no son aplicables á ellas las formalidades prescritas para el «convenio», que es una situación legal diversa.—Mismo fallo.

R.

RATIFICACIÓN

Autorización judicial. — Bienes inmuebles.—Marido. — Mujer casada.—Nulidad.—Prescripción.—Rescisión.—Separación de bienes.—El marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, pero pierde el derecho de pedir la rescisión del contrato celebrado de ese modo, si ha ratificado expresamente dicho contrato.—C. A. 3 noviembre 1906 . . . . . II 43

RECLAMACIÓN

1. *Admisibilidad. — Improcedencia. — Mensura. — Sentencia aprobatoria de mensura. — Sentencia interlocutoria.*—No es admisible el recurso de casación en la forma contra la sentencia confirmatoria de la de primera instancia, por vicios que, en caso de existir se habrían cometido en ésta, y de que no se reclamó oportunamente por la vía de la casación. —Cas. 16 octubre 1906 . . . I 57
2. *Apreciación. -Causales.—Improcedencia.*—No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia confirmatoria de la de primera por vicios que, en el supuesto de existir, se habrían cometido en ésta, y de que no se reclamó oportunamente, no pudiendo estimarse como reclamación suficiente el hecho de que el abogado las hiciere presente en el alegato de la causa.--Cas. 10 julio 1906.... I 71
3. *Improcedencia. — Omisión.*— Cuando los vicios ó defectos en que se funda el recurso de casación en la forma, en caso de existir, habrían tenido lugar en la sentencia de primera instancia, y de estos vicios ó defectos no se reclamó ejercitando oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, es improcedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones.— Cas. 21 noviembre 1906 . . . I 114
4. *Improcedencia.* — Cuando el vicio ó defecto en que se funda el recurso de casación en la forma, en caso de existir, habría tenido lugar en la sentencia de primera instancia, y de este vicio ó defecto no se reclamó ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, es improcedente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones.—Cas. 8 marzo 1907 . . I 117
5. *Improcedencia.* — No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia que se limita á confirmar la de primera instancia, por vicios que, en caso de ser efectivos, afectarían á ésta, y que no fueron reclamados oportunamente. — Cas. 21 marzo 1906 . . . . I 160
6. *Abordaje. — Apreciación. — Capitán. - Naviero.—Perjuicios. — Ultra-petita.* — Si la sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia, contra la cual no se dedujo recurso de nulidad, mantiene intacta la parte dispositiva de este fallo, no procede en su contra el recurso de casación por fallar «ultra-petita», pues este vicio, en caso de existir, se habría cometido en la de primera instancia, y no fué reclamado oportunamente como lo exige la ley. — Cas. 19 julio 1905 . . . . . I 167
7. *Contradicciones del fallo.— Improcedencia. — Reserva de derechos.*—Es improcedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que se funda en una causal que, en caso de existir, importaría un vicio en que habría incurrido

la sentencia de primera instancia no reclamado por el recurrente.—Cas. 10 abril 1907 I 177

8. *Improcedencia.*—No es procedente el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia por defectos ó vicios de forma en que se pudo incurrir en la de primera instancia y de que no se reclamó oportunamente.—Cas. 22 abril 1907 . . . . . I 185

9. *Apreciación.* — *Causal.* — *Procedimiento.* — *Retención.* —No puede invocarse ante el Tribunal de Casación una infracción de ley fundada en no haberse tramitado un juicio con arreglo al procedimiento ordinario, si el recurrente se sometió á la tramitación dada por el juez de primera instancia sin reclamar ni hacer observación alguna.—Cas. 22 junio 1907 . . . . . I 287

10. *Aguas.—Apreciación.—Causal.—Formalización.—Instrumento privado.— Omisión.— Prescripción.— Prueba.—Reivindicación.—Sentencia* —No habiéndose reclamado oportunamente de la resolución de la Corte de Apelaciones que citó á las partes para sentencia sin haber recibido á prueba la excepción de prescripción alegada en segunda instancia, no puede fundarse en esta circunstancia un recurso de casación en la forma contra la sentencia de la Corte.—Cas. 29 mayo 1905 . . . . . I 355

11. *Cosa juzgada.—Improcedencia.*—No procede el recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia por vicios de que puede adolecer el fallo de primera instancia no reclamados oportunamente.—Cas. 13 agosto 1907. I 460

RECOMPENSAS MILITARES.—V. *Pensiones militares.*

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL. —V. *Hijo natural.*

RECONVENCIÓN

Plazo.—El término para contestar la reconvención es de quince días.—C. A., 5 diciembre 1906..... II 137

REFORMA

1. *Legitimario.—Prescripción.—Testamento.*—La prescripción de cuatro años que fija el artículo 1216 del Código Civil para pedir la reforma de un testamento, se refiere únicamente «á los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por ley les corresponde», ó sea á aquellos á quienes el testador menciona como tales legitimarios y les asigna una porción de bienes inferior á la que debe tocarles.—Esta prescripción no es aplicable al caso del legitimario que, por haber sido pasado en silencio en el testamento, se entiende instituído heredero en su legítima.—Cas. 8 noviembre 1906 I 10

2. *Hijo legítimo.—Hijo natural. Legítima.— Testamento.*— Lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma, es la legítima rigorosa ó la efectiva en su caso. — Instituídos herederos conjuntamente en un testamento el hijo legítimo con los naturales, sin disponerse á favor de éstos expresamente de cuota alguna, no puede sufrir menoscabo la legítima del primero, que se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa, mas la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, y en la cuarta restante de libre disposición deben concurrir el hijo legítimo y los naturales. Esta solución guarda conformidad con la voluntad de la testadora, y en este sentido debe reformarse la referida disposición testamentaria.—C. A. 13 noviembre 1906 . . . . . II 100

3. *Instrumento público.—Legitimación.— Testamento.* — Procede la acción de reforma del testamento interpuesta por un legitimario por haberse instituído como único heredero en calidad de hijo legítimo, á un hijo cuya legitimación no fué conferida ipso jure ni por instrumento público y que es simplemente legítimo.—C. A. 1.° diciembre 1906..... II 153

REGISTROS ELECTORALES

Prefecto de policía.—En conformidad á lo dispuesto en el artículo 26 número 6.° de la Ley de Elecciones, debe ser excluída de los registros electorales la persona que desempeña el puesto de Prefecto de Policía, pues presta un servicio rentado.—C. A. 19 noviembre 1906.....II 69

REIVINDICACIÓN

1. *Aguas.—Apreciación. — Causal.—Formalización.—Instrumento privado. — Omisión.— Prescripción.—Prueba. — Reclamación. —Sentencia.* — Establecidos por el tribunal sentenciador los hechos de que un canal fué construído por el dueño de un predio para su regadío, pasando después al dominio de sus herederos, hijuelatarios de dicho predio; que uno de estos herederos lo ensanchó y aumentó su dotación; que este heredero reconoció el derecho de uno de sus coherederos á su cuota en el canal, gozando este último de su derecho y contribuyendo á los gastos del canal; debe aceptarse la demanda reivindicatoria de este coheredero que ha sido privado de su derecho por el sucesor de aquel que aumentó la dotación del canal, pues se trata de la reivindicación de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular de que el demandante no está en posesión, para que el actual poseedor sea condenado á restituírsela.—Cas. 10 julio 1907. . . I [illegible]

2. *Avío.— Comunero.— Mina.— Pago.*—Si algunos de los dueños, comuneros de la mina, no aceptan la continuación de los avíos celebrados por otros de los comuneros, después de transcurrido el plazo, pueden ponerles término, pero no por reivindicación, sino por medio del pago de lo debido.—C. A. 7 julio 1906..... II [illegible]

RELATOR

Certificado. — Integración.—No es nula la sentencia del Tribunal de Alzada integrado en conformidad á la ley con el Fiscal del mismo Tribunal, si esta integración se puso en conocimiento de las partes antes de comenzar la vista de la causa. Queda establecido este hecho con el certificado del relator de la causa que expone que puso en conocimiento de las partes dicha integración, no habiéndose rendido prueba para acreditar la inexactitud de este certificado.—Cas. 8 mayo 1907..... I [illegible]

REMANENTE

Asignación testamentaria.—Fallecimiento.—Heredero á título universal.— Parte agraciada. Suspensión del procedimiento. —Usufructo.— Son herederos del remanente aquellos á quienes el testador deja bienes determinados y además todo lo que se reconozca por suyo y por consiguiente, tienen acción para reclamar la entrega de bienes pertenecientes al testador y de que éste no dispuso expresamente. — Cas. 26 noviembre 1906 ..... I [illegible]

REMATE

1. *Casación en la forma.—Compra-venta. — Emplazamiento. —Entrega. — Resolución.*—El subastador de una propiedad en remate verificado en una partición, tiene derecho para que los herederos le restituyan lo que pagó por ella, y que ingresó á la masa partible, si se ha podido entrar en posesión por haberse declarado por sentencia ejecutoriada que dicha propiedad no pertenecía á la

sucesión; y le asiste este derecho aún cuando los demandados se hayan opuesto en el juicio de partición á que se incluyera esa propiedad en el inventario, y aún cuando el partidor haya declarado que el remate se verificaba bajo la responsabilidad del heredero que lo solicitó.—C. A. Cas. 5 noviembre 1906..... I 24

2. *Casación en la forma.—Nulidad.—Ultra-petita.*— Pedida la nulidad de un remate judicial en virtud de ciertas causales, declarada esta nulidad en primera instancia y precisadas las acciones y excepciones de las partes en los escritos de expresión de agravios y adherimiento á la apelación, falla ultra-petita el Tribunal de Alzada que desecha la demanda declarando inadmisibles las causales de nulidad en virtud de una excepción nueva, que no había sido alegada ni discutida en el juicio: la de que la sentencia de remate debe llevarse adelante mientras no haya sido anulada ó modificada en un juicio previo entre legítimos contradictores.—Cas. 1.° diciembre 1906..... I 362

3. *Cosa juzgada.—Hipoteca.—Juicio ejecutivo.—Nulidad.—Precio.—Salitreras.—Tasación.*—No infringe el artículo 1793 del Código Civil la sentencia que rechaza la acción de nulidad de la escritura pública de remate, fundada en no haberse fijado precio á los inmuebles subastados, si de esa misma escritura aparece que dicho precio se fijó.—Cas. 25 julio 1907 ..... I 375

4. Pedida la nulidad de la escritura de remate extendida en un juicio ejecutivo por no haber sido tasadas las salitreras adjudicadas por ella, no procede esta acción, si del informe del perito nombrado para valorizar los bienes embargados aparece que estimó el valor del caliche existente en dichas pampas en la cantidad de $ 13.000,000, agregando sí las consideraciones que á su juicio hacían desmerecer ó anular su valor, hasta el punto de imponer una pérdida al que se dedicase á su elaboración con motivo del impuesto de exportación, por lo que se deben tomar sólo en ese sentido restrictivo las frases «con exclusión de la pampa misma» ó «excluídas las pampas mismas», de que se sirve en su informe, sin que pueda establecerse por esto que no fueron realmente apreciadas en lo que en concepto del perito valían y de que se omitiera la formalidad ordenada en el artículo 46 de la ley de 8 de febrero de 1837.—Mismo fallo.

5. Si en el juicio ejecutivo fué motivo de controversia el saber si se tomaba como base para la subasta el valor nominal de $ 13.000,000 atribuído por el perito al caliche ó el valor indicado en el informe, rebajando el costo de elaboración y el monto del impuesto, y si esta controversia fué resuelta por sentencias que declararon que el importe de la tasación de los bienes embargados ascendía á una suma dada, y que en ella estaban comprendidas dichas salitreras, no infringe el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia recurrida que establece que del examen de la tasación del perito, de las resoluciones citadas y de los antecedentes de la causa aparece que esas salitreras fueron tasadas entre los bienes embargados y que esa tasación fué aprobada por la justicia.—Mismo fallo.

REMISIÓN

1. *Cesación de pagos.—Convenio.—Esperas.—Quiebra.*—Un comerciante que no ha sido declarado en quiebra puede celebrar con sus acreedores convenciones en que se le concedan rebaja de créditos y plazo para el pago. El Código de Comercio las autoriza al decir en el artículo 1326 que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimemente otorgan esperas al deudor común.—C. A. 28 diciembre 1906 . . . . . II 156

2. La ley no exige que estas convenciones se hagan con intervención de la justicia, ni determina la forma en que deban realizarse, de lo que se infiere que pueden ajustarse privadamente y de cualquier modo que dé á conocer el consentimiento de los contratantes, y no son aplicables á ellas las formalidades prescritas para el «convenio», que es una situación legal diversa.—Mismo fallo.

REMOCIÓN

Curador.—Improcedencia.—Sentencia interlocutoria.—Es deber del juez y no mera facultad discrecional el nombrar curador interino para mientras pende el juicio de remoción del propietario, siendo éste excluído por aquél, y este deber se extiende á todo género de tutelas ó curatelas y á todo juicio de remoción de guardador. Por consiguiente, basta el hecho de la existencia de un juicio de esta especie, cualquiera que sea el derecho que asista al demandante, para que tenga cabida el nombramiento de curador interino, siendo innecesario el examen siquiera de los antecedentes del proceso que hagan más ó menos plausible la demanda.—C. A. Cas. 11 junio 1907 . . . . . I 283

RENUNCIA

Acreedor hipotecario.—Hipoteca.—La renuncia que hace el acreedor de parte de la garantía hipotecaria no está prohibida por la ley y sólo mira el interés individual del renunciante.—Cas. 19 julio 1907 . . I 328

REPOSICIÓN

Apelación.—Deserción.—Es facultad privativa del Tribunal de Alzada el reponer la resolución por la cual ha declarado desierta la apelación, en uso de la atribución que le confiere el inciso 2.° del artículo 224 del Código de Procedimiento Civil. —Cas. 23 noviembre 1906 . . I 228

RESCISIÓN

1. *Casación en el fondo.—Cesión de derechos hereditarios.—Nulidad.—Petición de herencia.—Prescripción*—La acción para pedir la rescisión de una compra-venta de derechos hereditarios prescribe en el plazo de cuatro años.—Cas. 1.° septiembre 1906 . . . . . I 19

2. *Autorización judicial.—Bienes inmuebles.—Marido.—Mujer casada.—Nulidad.—Prescripción.—Ratificación.—Separación de bienes.*—La acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contados, cuando procede de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado la incapacidad.—Cuando la incapacidad de la mujer casada por la sentencia que declaró la separación de bienes entre ella y su marido, y habiendo trascurrido más de cuatro años entre esa sentencia y su fallecimiento, no trasmite ella á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria de las enajenaciones de bienes raíces efectuadas por ella sin autorización judicial y mientras era incapaz, por cuanto á su fallecimiento dicha acción ya había prescrito.—C. A. 3 noviembre 1906 . . . . . II 43

3. El marido participa del beneficio resultante de la incapacidad de la mujer casada que obra sin su autorización ó de la justicia en subsidio, pero pierde el derecho de pedir la rescisión del contrato celebrado de ese modo, si ha ratificado expresamente dicho contrato.—Mismo fallo.

RESERVA DE DERECHOS

1. *Contradicciones del fallo.—Improcedencia.—Reclamación.*

—La sentencia de segunda instancia que confirma la de primera que desechó la demanda y reserva al demandante «otros derechos que pueda hacer valer», no contiene decisiones contraditorias, porque la reserva se refiere á «otros derechos», los cuales por tanto no pueden ser los mismos que se han ejercitado en el juicio. —Cas. 10 abril 1907 . . . . I 177

2. *Cosa juzgada.—Juicio ejecutivo. — Juicio ordinario. - Letra de cambio* — La sentencia recaída en juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado, salvo que antes de dictarse, el actor ó el reo pidiere reserva de sus acciones ó excepciones para deducirlas en el ordinario y el tribunal así lo declare, existiendo motivos calificados, lo que siempre se concede respecto de acciones y excepciones no referentes á la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución. —La demanda ordinaria debe interponerse dentro de quince días, bajo pena de no ser admitida después.—En consecuencia, desechada por sentencia la acción ejecutiva para el cobro de una letra de cambio por ser ineficaz el protesto y por no estar reconocida en forma legal la aceptación del librado al tiempo de despacharse el mandamiento de embargo, siendo dicha aceptación condición esencial para el pago de la letra, si el ejecutante no pide antes de la sentencia que se le reserve su acción para el juicio ordinario, ni interpone demanda ordinaria dentro de quince días de dictada la sentencia, la demanda ordinaria que después deduzca debe ser rechazada por inadmisible.—Cas. 25 julio 1907..... I 336

RESOLUCIÓN

1. *Apreciación. — Compraventa. —Edificios en terreno ajeno. —Novación.*—Estableciéndose en un contrato de compra-venta que el precio se ha pagado parte en dinero y el resto sustituyéndose el comprador en una deuda del vendedor para con otra persona, esta sustitución importa una novación y el precio debe considerarse totalmente pagado. — Aunque el vendedor adquiera posteriormente el crédito que se obligó á solucionar el comprador, no puede pedir la resolución de la compra-venta fundado en el no pago del precio, ya que la cesión no altera la naturaleza del crédito ni convierte al cesionario en acreedor de parte del precio. - Cas. 30 octubre 1906..... I 14

2. *Casación en la forma.—Compraventa. — Emplazamiento. —Entrega. — Remate.*—El subastador de una propiedad en remate verificado en una partición, tiene derecho para que los herederos le restituyan lo que pagó por ella, y que ingresó á la masa partible, si no ha podido entrar en posesión por haberse declarado por sentencia ejecutoriada que dicha propiedad no pertenecía á la sucesión; y le asiste este derecho aun cuando los demandados se hayan opuesto en el juicio de partición á que se incluyera esa propiedad en el inventario y se sacara á remate, y aún cuando el partidor haya declarado que el remate se verificaba bajo la responsabilidad del heredero que lo solicitó.—C. A. Cas. 5 noviembre 1906 . . . . . I 24

3. *Apreciación. — Compraventa.* —El comprador que no cumple dentro del plazo estipulado una de las obligaciones contraídas, incurre en mora y da derecho al vendedor para obtener la resolución del contrato, si no se prueba que él haya aceptado el cumplimiento tardío de la obligación ó la indemnización de perjuicios. -Cas. 19 julio 1907 . . . . . I 344

4. *Disolución. - Muerte.—Sociedad colectiva.*—No habiéndose probado que el socio demandado ha incurrido en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, no procede la demanda de resolución del contrato.—C. A. 26 octubre 1906 . . . . . II 58

5. *Dependiente. — Injurias. — Perjuicios.*—Si un factor ó dependiente está obligado, según su contrato, á «dedicar todo su tiempo y á hacer todo empeño posible para servir los intereses de su principal», no puede distraer parte de su tiempo en otros negocios mercantiles y le está prohibido por la ley el tomar interés en negociaciones del mismo género que las que hace por cuenta de su comitente. Es causa legal de resolución por parte del principal, del contrato celebrado con su factor ó dependiente, el hecho de ejecutar éste alguna de las negociaciones que le están prohibidas.—C. A. 19 noviembre 1906 . . . . . II 108

RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS. —V. *Contradicciones del fallo.*

RESPONSABILIDAD. — V. *Cuasidelito.*

Fisco.—Ocupación.—Perjuicios. —Para que el Fisco sea responsable de los perjuicios causados por la ocupación forzada de una propiedad particular, es necesario que las personas que exigieron la entrega de esa propiedad hayan estado investidas de autoridad legal bastante para compremeter al Estado por los actos consecuenciales de la ocupación.—C. A. 29 octubre 1906 . . . . . II 42

RETENCIÓN

1. *Apreciación.— Arrendamiento.—Causal. — Procedimiento. —Reclamación.*— El derecho del arrendador para retener bienes del arrendatario sólo existe cuando éste le es deudor del cánon ó de indemnizaciones procedentes del contrato.— Cas. 22 junio 1907. . . . . I 287

2. *Intereses.—Mora.* — No incurre en mora ni está obligado al pago de los intereses respectivos el deudor que no paga al acreedor en el plazo convenido, si ántes del vencimiento se le notifica en forma legal una orden judicial de retener en su poder la suma debida, orden decretada á petición de un tercero. Si bien el deudor pudo libertarse de toda responsabilidad consignando en un banco ó en arcas fiscales á la órden judicial la cantidad debida, no estaba obligado á hacerlo, y por no haber ejercitado una facultad no puede incurrir en penas que la ley reserva para faltas en el cumplimiento de obligaciones.—Cas. 3 julio 1907 . . . . . I 341

RETIRO.—V. *Pensiones militares.*

1. *Competencia.—Pensiones militares.*—Declarado el retiro de un militar por el Presidente de la República, á quien según el artículo 73 número 11 de la Constitución Política, corresponde como atribución especial la facultad de conceder jubilaciones, retiros, licencias y goce de montepíos con arreglo á las leyes, el decreto que tal declaración establece, puede reputarse como un fallo jurídico, desde que decide derechos ciertos y positivos en favor de una determinada persona por haberse justificado que legítimamente le corresponden. — Cas. 26 octubre 1906.....I 273

2. Los derechos declarados á favor del militar por el decreto que concede su retiro, se incorporan á sus bienes patrimoniales, y del dominio de ellos ó de una parte de ellos, por pequeña que sea, no puede ser privado sino por sentencia judicial ó por expropiación por causa de utilidad pública.—Mismo fallo.

3. Por consiguiente, concedida por decreto supremo cédula de retiro á un militar y expresándose en ella que la pensión correspondiente se pagará desde la vigencia de la ley de 9 de enero de 1892, no puede decla-

rarse por decreto posterior que esta pensión ha de pagarse desde la vigencia de la ley de 2 de febrero de 1905, menoscabando así los derechos adquiridos por la primitiva cédula. — Mismo fallo.

4. Decretado el retiro por el Presidente de la República en uso de sus facultades privativas, son competentes los tribunales de justicia para determinar el día desde el cual debe pagarse la pensión correspondiente. — Mismo fallo.

Retroactividad. — V. *Efecto retroactivo.*

S.

SALITRERAS

1. *Casación en la forma.—Estacamentos.—Pertenencias.—Sociedad conyugal.—Ultra-petita.*—Las concesiones salitreras hechas á uno de los cónyuges entran á formar parte del haber de la sociedad conyugal y no del patrimonio del cónyuge denunciante. — En consecuencia reconociéndose á un peticionario derecho á dos pertenencias, en conformidad al artículo 26 del Código de Minería de 1874, no puede concederse á su cónyuge una tercera.—C. A. Cas. 31 diciembre 1906 . . . . . I 49

2. El inciso 2.° del artículo 6.° del Reglamento de 28 de julio de 1877, que establece que cada estacamento no puede tener sino una pertenencia, no debe prevalecer sobre la disposición del inciso 2.° del artículo 26 del Código de Minería de 1874, según el cual el descubridor dentro del radio de cinco kilómetros de mina registrada tiene derecho á dos pertenencias.—Mismo fallo.

3. *Casación en el fondo.—Demarcación. — Dominio. — Ocupasion bélica.. — Posesión.* — No tienen dominio verdadero ó aparente de los terrenos salitrales de Tarapacá los denunciantes que no tenían la posesión real de sus estacamentos ú oficinas á la época de la ocupación de esa provincia por las armas de la República; y la sentencia que les reconoce dominio infringe los artículos 2 y 8 del tratado de Paz con el Perú promulgado como ley nacional el 20 de mayo de 1884, en el cual se consideró el decreto de 28 de marzo de 1882 que había reglamentado la propiedad salitrera privada de Tarapacá sobre la base del régimen legal antes establecida «no reconociendo otros títulos y derechos á este respecto que los resultantes de los contratos reales emanados del Gobierno del Perú, ni otra posesión y tenencia que los que se desprenden de esos títulos ó de su dominio incontestable acompañado de una explotación actual y efectiva».—Cas. 3 noviembre 1906 . . . . . I 103

4. Las disposiciones dictadas por el Gobierno del Perú en ejercicio de la ley de 18 de mayo de 1875 y según las cuales debían considerarse propiedad del Estado las oficinas ó estacamentos salitrales abandonados ó no trabajados por sus dueños, razón por lo cual no figuraron en los cuadros formados por la comisión de ingenieros designada para llevar á efecto aquella misma ley, fijaron la condición de las propiedades salitreras de Tarapacá, condición en que las adquirió el Gobierno de Chile; y cualquiera que sea la legalidad de estos actos administrativos, emanados del Gobierno del Perú y que fueron cumplidos por las autoridades de esa Nación, no pueden ellos ser desconocidos en sus efectos jurídicos por las autoridades del país cesionario del territorio donde esos actos produjeron sus efectos.—Mismo fallo.

5. *Apreciación.—Causales.—Descubridoras.—Litis.—Mensura.—Paralelo 23.*—No hay disposición legal que resuelva de una manera precisa si la distancia que debe medirse entre las descubridoras debe medirse entre las líneas que encierran las pertenencias, ó si éstas distancias deben medirse entre la excavación que constituye el descubrimiento, puesto que aún el artículo 7 del Reglamento de 1877 previene que la mensura se ejecute «por dentro de las líneas que el descubridor solicita en la parte explotada del terreno». No habiendo en el Reglamento reglas á qué atenerse respecto á las distancias que deben guardar entre sí las líneas exteriores de las pertenencias, debe estarse á lo que prescribe el Código de Minería.—Cas. 6 abril 1907 . . . I 193

6. Impugnada la mensura de ciertas pertenencias salitreras por haberse ubicado al norte del paralelo 23, la sentencia que aprueba dicha mensura no infringe el Tratado celebrado con Bolivia en 1874, ni la ley de 2 de mayo de 1879 sobre atribuciones conferidas al Gobierno sobre el territorio comprendido entre los paralelos 23 y 24, por cuanto no está trazado el paralelo 23 y los diversos ingenieros y peritos que en distintas ocasiones han ejecutado estudios y observaciones para determinar la ubicación parcial de ese paralelo no han estado de acuerdo respecto de su ubicación precisa.—Mismo fallo.

7. *Causal. — Descubrimiento. — Estacamento. — Mensura. — Posesión efectiva.* — Según el artículo 45 del Código de Minería de 1874, aplicable al salitre, desde que se registra un descubrimiento cualquiera persona hábil puede solicitar una pertenencia para esplorar la veta durante noventa días por el rumbo que indicare á continuación de la señalada por el descubridor. — El artículo 6.° del Reglamento de 28 de julio de 1877 que dispone que «registrado un descubrimiento no se podrá solicitar una pertenencia á sus inmediaciones sino después que el descubridor haya mensurado la suya, y tomado posesión de ella», no debe tomarse en su estricto sentido literal, porque no se concibe que el Reglamento se haya dictado para derogar la ley y contrariarla en parte sustancial, sino para facilitar su cumplimiento y ejecución, por lo cual es necesario armonizarlo con ella, y esa disposición debe entenderse en el único sentido que lógicamente le corresponde de que no es permitido solicitar la mensura de una pertenencia á continuación de un descubrimiento sin que éste haya sido previamente mensurado, debiendo quedar en suspenso los derechos del peticionario de un estacado mientras no se efectúe la mensura del descubrimiento, para ubicar el estacado en el lugar que le corresponde sin perjudicar el derecho del descubridor.—Cas. 14 mayo 1907... I 249

8. Es infundada la causal de casación que se basa en no haberse concedido á los demandantes, herederos del dueño de un pedimento salitrero, la posesión efectiva de la herencia de su causante, circunstancia que los inhabilitaría á juicio del recurrente, para pedir la mensura de ese pedimento, porque la mensura no es un acto de transferencia de dominio, ni implica de parte de los herederos el disponer de algún modo de la indicada pertenencia contraviniendo al artículo 688 del Código Civil, y porque, además, consta de autos que se concedió á esos herederos dicha posesión efectiva.—Mismo fallo.

9. *Acción posesoria. — Causales. — Estado.—Posesión.*—La posesión de los yacimientos de salitre pertenece al Estado, por el ministerio de la ley, y sólo pueden adquirirlos los particulares á virtud de concesión otorgada por autoridad competente y con las formalidades legales. —En consecuencia, si el Fisco se querella de amparo contra particulares que han ocupado, á su juicio indebidamente, un yacimiento salitral, es innecesario apreciar el mérito de las informaciones de testigos rendi-

das por las partes, porque la posesión de dicho yacimiento pertenece al Estado por ministerio de la ley, y debe aceptarse la querella.—Cas. 17 diciembre 1906 . . . . . I 301

10. El particular que pretende la propiedad ó posesión de un estacamento salitral debe acreditarlo por medio de la concesión hecha por el Estado en forma legal, ya que sin esa concesión la posesión y menos la propiedad de dicho estacamento, no ha podido salir de manos del Estado.—No prueba, en consecuencia, su derecho con la sola presentación de una escritura de compra-venta á otro particular, posterior al decreto de 30 de mayo de 1884, que suspendió en todo el territorio de la República el otorgamiento de concesiones de salitre.—Mismo fallo.

11. La posesión que el Estado tiene de los terrenos salitrales emana de la ley y se acredita con ella misma y aunque pudiera argüirse que la ley establece más bien el dominio que la posesión y que los títulos que acreditan el dominio no deben tomarse en cuenta en los juicios posesorios, procedería en este caso la excepción del inciso 2.° del artículo 923 del Código Civil, ya que el título, que es la ley, puede probarse sumariamente. - Mismo fallo.

12. *Cosa juzgada — Hipoteca.— Juicio ejecutivo. — Nulidad.— Precio.— Remate.— Tasación.* Pedida la nulidad de la escritura de remate extendida en un juicio ejecutivo por no haber sido tasadas las salitreras adjudicadas por ella, no procede esta acción, si del informe del perito nombrado para valorizar los bienes embargados aparece que estimó el valor del caliche existente en dichas pampas en la cantidad de $ 13.000,000, agregando sí las consideraciones que á su juicio hacían desmerecer ó anular su valor, hasta el punto de imponer una pérdida al que se dedicase á su elaboración con motivo del impuesto de exportación, por lo que se deben tomar sólo en ese sentido restrictivo las frases, «con exclusión de la pampa misma» ó «excluídas las pampas mismas», de que se sirve su informe, sin que pueda establecerse por esto que no fueron realmente apreciadas en lo que en concepto del perito valían y de que se omitiera la formalidad ordenada en el artículo 46 de la ley de 8 de febrero de 1837.—Cas. 25 julio 1907 . . . . . I 376

13. *Mina.*—El concesionario de pertenencia salitrera es dueño únicamente del caliche que ella contiene, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63, inciso 2.° del Código de Minería y no puede aprovecharse de otras sustancias que haya dentro de su pertenencia.—C. A. 19 noviembre 1906 . . . . . II 126

14. Constituída una pertenencia salitrera, no pueden registrarse ni constituirse dentro de sus terrenos pedimentos de yeso y mármol, porque, así como en el caso de una misma mina prima el derecho del primer denunciante, así también en este caso debe regir por analogía el principio de la prioridad de la manifestación.— Mismo fallo.

SEGUNDAS NUPCIAS

Crianza.—Hijo lejítimo.—Sociedad conyugal.—En conformidad á lo dispuesto en el número 5.° del artículo 1740 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y de los decendientes comunes y de toda carga de familia, y se mirarán como tales los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado á dar á sus decendientes, aunque no lo sean de ambos cónyuges, pudiendo el juez moderar estos gastos si le parecieren excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge.—En consecuencia, si una mujer que tiene un hijo menor de un matrimonio precedente contrae segundas nupcias y aporta á este matrimonio bienes suficientes para atender á la crianza y educación de este hijo, no hay necesidad de recurrir á los bienes del menor, y debe desecharse la demanda del segundo marido que, muerta la madre, cobra los gastos de crianza y educación de ese hijo durante el tiempo que su madre lo retuvo á su lado para prodigarle sus atenciones y cuidados.—C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II 52

SEGURO

1. *Acreedor hipotecario. — Cesión de crédito.* — Para celebrar un contrato de seguro se requiere de parte del asegurado, además de la capacidad legal, que tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, arrendatario, acreedor ó administrador de bienes agenos, sea en cualquiera otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado.—Cas. 6 septiembre 1906 . . . . . I 29

2. Existe el interés exigido por la ley de parte del cesionario de un crédito hipotecario, aún cuando no se haya practicado con anterioridad al seguro la inscripción del traspaso del crédito en el respectivo Registro.—Mismo fallo.

3. El asegurador no es parte en las cuestiones que pudieran ocurrir entre el cedente y el cesionario sobre quien es el dueño del derecho real de hipoteca, en caso de producirse por omisión ó retardo de la inscripción correspondiente.—Mismo fallo.

SENTENCIA

1. *Casación en la forma.—Omisión.— Ultra-petita.*—La sentencia definitiva de segunda instancia que modifica ó revoca la de otro tribunal debe contener la decisión del asunto controvertido, y esta decisión debe comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio. Reducida la litis á determinar si una cláusula testamentaria es un censo ó un mayorazgo, y habiendo estimado la sentencia de primera instancia que es un vínculo, la sentencia de segunda instancia que revoca la de primera, y se limita á negar lugar á la demanda, reservando al demandante sus derechos, es nula porque no se pronuncia sobre la acción deducida, pues no resuelve cuál es la significación legal de la cláusula testamentaria.—Cas. 25 abril 1905 . . . . . I 11

2. Si el demandante expresa en su demanda y en su alegato que la cuestión consiste en determinar si una cláusula testamentaria es un censo como lo sostiene ó un mayorazgo como lo afirma la parte contraria, y la sentencia de primera instancia da lugar á la demanda por estimar que dicha cláusula importa la constitución de un vínculo, la sentencia de segunda instancia que confirma sin modificación la de primera, se pronuncia precisamente sobre la cuestión fundamental propuesta por la parte relativa al alcance jurídico de dicha cláusula, contiene por consiguiente la decisión del asunto controvertido, y no se ha extendido á puntos no sometidos á su resolución.—Cas. 18 junio 1906 . . . I 1[illegible]

3. *Agregación de documentos. — Omisión. — Sentencia confirmatoria.*— La sentencia que contiene tanto la enunciación breve de las peticiones ó acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos, como las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de base á la sentencia, no infringe los números 2.° y 4.° del artículo 193 y 5.° del 941 del Código de Procedimiento Civil. —Cas. 1.° mayo 1907. . . . . I [illegible]

4. *Acción posesoria. — Ampliación. — Apelación. — Apreciación.—Causales.—Contra-que-*

rella.—Cosa juzgada.—Costas. — Desistimiento. — Fiscal.— Municipalidad. — Omisión.— Parte agraviada. — Plazo.— Posesión. — Querella. — Ultrapetita.—No omite la resolución del asunto controvertido la sentencia de segunda instancia que, revocando la de primera que daba lugar á una querella sin pronunciarse sobre la contra-querella deducida por el querellado, se limita á rechazar la querella, si en este rechazo va envuelta implícitamente la aceptación de la contra-querella que no tenía más objeto que enervar la querella y si el fallo de primera instancia tampoco se pronunció expresamente sobre la contra-querella.—Cas. 1.° diciembre 1904 . . . . . I 294

5. *Aguas. — Apreciación. — Causal.—Formalización.—Instrumento privado. — Omisión. — Prescripción. — Prueba.—Reclamación. — Reivindicación.* —No omite la enunciación de las peticiones ó acciones deducidas la sentencia que no hace referencia á la excepción de prescripción extintiva que pretende haber invocado el demandado, si en realidad éste se limitó á referirse á ella al responder á la expresión de agravios, y no la alegó formalmente.—Cas. 29 mayo 1905 . . . I 355

6. No omite la enunciación de las peticiones de las partes, respecto á la excepción de prescripción adquisitiva alegada en segunda instancia, la sentencia del Tribunal de Alzada que la enuncia en un considerando y completa dicha enunciación agregando en la parte resolutiva que fué alegada en segunda instancia por el demandado. —Mismo fallo.

7. *Coadyuvante. — Nombre. — Omisión.—Tabla.*—No puede pedir la nulidad de una sentencia fundada en que ella no hace mención de su nombre, ni figuró tampoco su nombre en la tabla al anunciarse la causa, la persona que no es parte en el juicio y sólo ha intervenido en él como coadyuvante.—Cas. —31 octubre 1906 . . . . . I 370

8. *Omisión.*—Es nula la sentencia pronunciada con omisión de las consideraciones de hecho y de derecho ó de los principios de equidad que le sirven de fundamento.—Incurre en este vicio la sentencia de segunda instancia que, al confirmar el fallo de primera instancia, lo modifica en parte substancial sin dar los fundamentos de hecho ó de derecho ó los principios de equidad, ni citar disposición legal alguna respecto á esta parte de la resolución.—Cas. 6 agosto 1907 . . . . . I 447

9. *Anuncio. — Formalización. — Omisión.*—No omite la decisión del asunto controvertido la sentencia que no se pronuncia sobre la excepción de prescripción, si el juicio no versó sobre esta excepción que sólo fué puesta por el demandado al contestar una demanda anterior que quedó sin efecto y no fué invocada en la nueva litis.—C. A. 7 noviembre 1906 . . . . II 81

10. *Casación de oficio.—Omisión.* —Es nula la sentencia que desecha la demanda estimando posesoria la acción deducida, siendo que es en realidad la reivindicatoria ó de dominio.— Este fa lo no contiene la decisión del asunto controvertido y debe ser anulado de oficio por el Tribunal de Alzada.—C. A. 17 noviembre 1906 . . . II 121

SENTENCIA APROBATORIA DE MENSURA

Admisibilidad.—Improcedencia. —Mensura. — Reclamación.— Sentencia interlocutoria.—Es admisible el recurso de casación en la forma contra la sentencia aprobatoria de la mensura de una mina.—Cas. 16 octubre 1906. . . . . I 57

SENTENCIA CONFIRMATORIA

1. *Omisión.—Pensión alimenticia.*—Cumple las enunciaciones legales la sentencia de segunda instancia que, al confirmar, la de primera instancia que manda pagar una pensión alimenticia, se refiere explícitamente á ella; y no necesita agregar nuevas consideraciones para el sólo efecto de reducir el monto de la pensión.— —Cas. 11 marzo 1907 . . . I 76

2. *Agregación de documentos.— Omisión.—Sentencia.*—Es inaceptable la causal de casación fundada en que un considerando de la sentencia de primera instancia acepta el valor probatorio de documentos que á juicio del recurrente fueron presentados fuera del término y han sido impugnados por él, si la sentencia recurrida confirma la de primera instancia en virtud de fundamentos nuevos sin aceptar los que ésta había consignado y sin hacer mención siquiera de los documentos impugnados por el recurrente.—Cas. 1.° mayo 1907. I 235

SENTENCIA DEFINITIVA

1. *Admisibilidad. — Arbitros.— Casación de oficio. — Juicio ordinario.*—Tiene el carácter de definitiva la sentencia que resuelve sobre el sometimiento á compromiso de las cuestiones suscitadas con motivo del cumplimiento de un contrato, habiéndose impugnado por una de las partes el valor de la cláusula en que se establecía el arbitraje.—Cas. 10 noviembre 1906. . . . . I 41

2. *Cosa juzgada.—Cuentas.—Curador.—Fiador.—Heredero.— Juicio ejecutivo — Notificación. — Título ejecutivo.*— La sentencia que declara que el fallo recaído en el juicio seguido por rendición de cuentas contra un curador, no es título ejecutivo contra el fiador de dicho curador, si éste no ha sido parte ni ha intervenido en forma alguna en el juicio de rendición de cuentas, aunque interlocutoria, es de carácter definitivo en cuanto se pronuncia sobre el mérito que la sentencia del juicio de cuentas puede tener contra el fiador. Procede, por tanto, contra ella el recurso de casación en el fondo. —Cas. 15 diciembre 1906 . . I 305

SENTENCIA INTERLOCUTORIA

1. *Admisibilidad.— Improcedencia. — Mensura. — Reclamación.—Sentencia aprobatoria de mensura.* — La sentencia aprobatoria de la mensura de una mina fija definitivamente los derechos de las partes, y en consecuencia procede en su contra el recurso de casación en la forma.—Cas. 16 octubre 1906 . . . . . I 57

2. *Curador.— Improcedencia.— Remoción.* — Es improcedente el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia que recae en un incidente sobre el nombramiento de curador interino para mientras pende el juicio de remoción del propietario, porque tal sentencia no es definitiva ni interlocutoria que ponga término al juicio ó haga imposible su continuación. — Cas. 11 junio 1907 . . . . . I 283

3. *Competencia. — Improcedencia. — Pensiones militares.*— La sentencia que se pronuncia sobre la competencia de la justicia ordinaria para conocer de una demanda, es interlocutoria que no pone término al juicio ni hace imposible su continuación, y no procede, por tanto, en su contra, el recurso de casación.—Cas. 22 julio 1907 . I 334

SEPARACIÓN DE BIENES

1. *Autorización judicial.— Bienes inmuebles. — Marido. — Mujer casada. — Nulidad.— Prescripción.—Ratificación.— Rescisión.*—La acción rescisoria que procede de la nulidad relativa prescribe en el plazo de cuatro años contados, cuando procede de una incapacidad legal, desde el día en que haya cesado la incapacidad.—Cesando la incapacidad de la mujer casada por la sentencia que declaró la separación de bienes entre ella y su marido, y habiendo trascurrido más de

cuatro años entre esa sentencia y su fallecimiento, no trasmite ella á sus herederos ningún derecho referente á la acción rescisoria de las enajenaciones de bienes raíces efectuadas por ella sin autorización judicial y mientras era incapaz, por cuanto á su fallecimiento dicha acción ya había prescrito.—C. A. 3 noviembre 1906 . . . . . II 43

2. *Aprobación judicial—Divorcio.—Estado civil.— Nulidad. —Transacción.*—El divorcio y la separación de bienes no pueden producirse por mutuo acuerdo de los cónyuges, siendo indispensable para ello sentencia de juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada.—C. A. 27 noviembre 1906. . II 103

SERVIDUMBRE

1. *Actos de mera facultad. — Aguas.—Canal. — Posesión.— Prescripción.*—Las aguas que corren por un cauce artificial construído á expensa ajena, pertenecen exclusivamente al que con los requisitos legales haya construído el cauce.—Cas. 3 agosto 1907 . . . . . I 442
2. Para adquirir la servidumbre voluntaria de servirse en beneficio propio de las aguas de un canal construído á expensa ajena ó, lo que es lo mismo, el dominio de una parte de las aguas de dicho canal por haberse servido de ellas durante cierto tiempo, debe probarse la existencia de la servidumbre y, no habiendo tenido posesión regular, la prescripción de treinta años, conforme al artículo 2510 del Código Civil, no siendo bastante para adquirir el dominio del agua la prescripción de diez años que se invoca. — Mismo fallo.
3. El hecho de haber permitido los dueños del cauce artificial que un tercero extraiga por un cañón una parte del agua de dicho canal que antes arrendaba, después de expirado el arriendo, es un acto de mera facultad ó tolerancia que no confiere posesión ni da fundamento á prescripción.—Mismo fallo.
4. *Prescripción. — Tránsito.* — La servidumbre establecida por el dueño de un predio á favor de otro predio que también le pertenece, sólo subsiste al enajenarse uno de ellos si esta servidumbre es continua y aparente.—C. A. 15 octubre 1906 II 105
5. Las servidumbres discontinuas, como la de tránsito, y las continuas inaparentes, no pueden adquirirse por prescripción; ni aún el goce inmemorial basta para constituirlas, y sólo pueden adquirirse por medio de un título.—Mismo fallo.

SOCIEDAD ANÓNIMA

Acciones.—Pérdidas.—Si los estatutos de una sociedad anónima de acciones al portador disponen que en el caso de que por cualquiera causa se pierda ó inutilice algún título de acción, la sociedad no dará duplicado, sino que se limitará á tomar las providencias que le fueren ordenadas por la autoridad judicial, el accionista cuyos títulos se han carbonizado en un incendio, tiene derecho á que se le den otros títulos, en la forma que ordene la justicia ordinaria.—C. A. 18 diciembre 1906 . . . . . II 150

SOCIEDAD COLECTIVA

Disolución.— Muerte. — Resolución.—La sociedad colectiva civil se disuelve por la muerte natural ó civil de cualquiera de los socios, menos cuando por disposición de la ley ó por el acto constitutivo haya de continuar entre los socios sobrevivientes con los herederos del difunto ó sin ellos.—Si en el acto constitutivo de la sociedad se fija el plazo de nueve años para su duración y se agrega que la negociación no terminará por ninguna causa ó motivo antes del plazo estipulado, no procede la demanda de disolución del contrato fundada en el fallecimiento de uno de los socios ocurrido antes del vencimiento del plazo.—C. A., 26 octubre 1906 . . . . II 58

SOCIEDAD CONYUGAL

1. *Casación en la forma.—Estacamentos.— Pertenencias.— Salitreras. — Ultra-petita.* — Las concesiones salitreras hechas á unos de los cónyuges entran á formar parte del patrimonio de la sociedad conyugal y no del patrimonio del cónyuge denunciante. — En consecuencia, reconociéndose á un peticionario derecho á dos pertenencias, en conformidad al artículo 26 del Código de Minería de 1874, no puede concederse á su cónyuge una tercera.— C. A., Cas. 31 diciembre 1906 . . . . . I 49
2. *Alimentos. — Cónyuges.— Divorcio.—Hijo.—Patria potestad. — Potestad marital.*— Si bien el marido es jefe de la sociedad conyugal y como tal administra libremente los bienes sociales y los de su mujer, esta facultad que la ley le confiere no lo autoriza para sustraerse á las obligaciones que ese mismo carácter de jefe de la sociedad le impone con respecto á la mujer, como tampoco de las que en cuanto á los hijos se derivan de la patria potestad, porque no le ha otorgado la ley tal facultad para que la ejercite de un modo arbitrario, negando á la mujer y á los hijos los alimentos de que han menester; y por consiguiente, sin menoscabo de esas mismas atribuciones, puede la justicia regular su ejercicio, restableciendo el régimen correcto y legal y ordenando al marido que suministre á la mujer y á los hijos los alimentos á que por ley tienen derecho.—Cas. 19 abril 1907 . . . . . I 1[illegible]
3. *Crianza.—Hijo legítimo.—Segundas nupcias.*—Los gastos de crianza, educación establecimiento de los hijos legítimos son de cuenta de la sociedad conyugal, pero si el hijo tuviere bienes propios se podría sacar de ellos los gastos de su establecimiento, y sólo en caso de necesidad los de su crianza y educación.—C. A., 15 octubre 1906..... II 5[illegible]
4. Muerto uno de los padres, los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo incumben al sobreviviente en la misma forma anterior.—Mismo fallo.
5. En conformidad á lo dispuesto en el número 5.° del artículo 1740 del Código Civil, la sociedad conyugal es obligada al pago del mantenimiento de los cónyuges y de los descendientes comunes y de toda carga de familia, y se mirarán como tales los alimentos que uno de los cónyuges esté por ley obligado á dar á sus descendientes aunque no sean de ambos cónyuges, pudiendo el juez moderar esos gastos si le parecieren excesivos, imputando el exceso al haber del cónyuge. —En consecuencia si una mujer que tiene un hijo menor de un matrimonio precedente contrae segundas nupcias y aporta á este matrimonio bienes suficientes para atender á la crianza y educación de este hijo, no hay necesidad de recurrir á los bienes del menor y debe desecharse la demanda del segundo marido que, muerta la madre, cobra los gastos de crianza y educación de ese hijo durante el tiempo que la madre lo retuvo á su lado para prodigarle sus atenciones y cuidados.—Mismo fallo.
6. *Confesión.—Deudas hereditaria.—Heredero á título universal.—Porción conyugal.—Principio de prueba por escrito.—Prueba.*—La sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por uno de los cónyuges y que no fueren personales de éste.—C. A., 16 noviembre 1906 . . . II 7

SUCESIÓN

1. *Causales. —Dominio.—In-*

cripción.—Legado.—Modos de adquirir.—Tradición.—Tercería.—La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, y se puede suceder á una persona ya á título universal como heredero, ya á título singular como legatario, sin que sea necesario para la adquisición del dominio en uno ú otro carácter que además se haga tradición de las cosas heredadas ó legadas; puesto que respecto de unos mismos bienes no pueden concurrir diversos modos de adquirir su dominio.—Cas. 3 noviembre 1906 . . . . . I 147

2. La herencia ó legado se defiere por ministerio de la ley, según el artículo 688 del Código Civil, en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, si el llamamiento no es condicional, y por el solo hecho de la muerte se trasmite al heredero ó legatario la posesión y dominio que en los bienes hereditarios correspondía al antecesor.—Mismo fallo.

3. La persona instituída en testamento como legataria de un inmueble adquiere el dominio de él por el hecho de la muerte de la testadora, y esta adquisición no queda sin efecto por la enajenación que posteriormente haga de ese inmueble á un tercero la albacea de la testadora, aunque esa enajenación se inscriba, siempre que no haya trascurrido el tiempo necesario para que prescriba el derecho del legatario.—Mismo fallo.

4. Procede en consecuencia la tercería de dominio interpuesta por el legatario, en la ejecución seguida por un acreedor hipotecario contra el tercero á quien la albacea donó el inmueble, pues ese tercero no adquirió el dominio por la tradición que le hizo la albacea, ni por prescripción, por no haber trascurrido en este caso el tiempo necesario.—Mismo fallo.

SUSPENSIÓN DE LA CAUSA

1. *Abogado.—Casación de oficio.—Tabla.—Vista.*—Pedida la suspensión de una causa por el abogado de ella por enfermedad, no puede invocar después la nulidad de la sentencia dictada, fundándose en que la causa estaba mal anunciada en la tabla por haber un error en la última letra del nombre, porque el hecho de pedir la suspensión manifiesta el conocimiento de que era esa la causa.—Cas. 15 diciembre 1906.. I 316

2. Solicitada por un abogado la suspensión de una causa por estar enfermo, con el certificado médico correspondiente, si el tribunal ve y falla la causa, falta al trámite esencial de señalar nuevo día para su vista y este vicio autoriza para anular de oficio la sentencia.—Mismo fallo.

SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Asignación testamentaria.—Fallecimiento.—Heredero á título universal.—Parte agraviada.—Remanente.—Usufructo.—El procedimiento sólo se suspende por el fallecimiento de una de las partes que obre por sí misma en el juicio, y nó por el de la que está representada por un procurador, cuyo mandato subsiste después de la muerte del mandante.—Cas. 31 agosto 1904 . . . . . I 53

SUSTANCIAS DE LIBRE ADQUISICIÓN

Arenas auríferas.—Mina.—Pertenencia.—Las arenas auríferas y demás sustancias minerales de los ríos y placeres son denunciables y de libre adquisición, aunque el terreno en que se encuentren no sea erial, debiendo en este caso formarse las pertenencias mineras con arreglo á las prescripciones legales, como si se tratara de mina propiamente tal.—C. A. 25 noviembre 1905 . . . . . II 2

T.

TABLA

1. *Abogado.—Casación de oficio.—Suspensión.—Vista.*—Pedida la suspensión de una causa por el abogado de ella por enfermedad, no puede invocar después la nulidad de la sentencia dictada, fundándose en que la causa estaba mal anunciada en la tabla por haber error en la última letra del nombre, porque el hecho de pedir la suspensión manifiesta el conocimiento de que era esa la causa.—Cas. 15 diciembre 1906 . . . . . I 316

2. *Apelación.—Certificado.—Deserción.*—Debe declararse desierta la apelación á instancia del apelado si el apelante no comparece á seguir el recurso en el plazo de tres días que le concede la ley.—El Tribunal de Alzada debe resolver la deserción, en este caso, con sólo el mérito del certificado del secretario, es decir, sin otro trámite ó formalidad que éste, según lo prescribe el artículo 224 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, no debe ponerse en tabla la deserción, ya que esto importa una nueva notificación de que en tal día va á hacerse la causa.—Cas. 3 julio 1907 . . . . . I 322

3. *Coadyuvante.—Nombre.—Omisión.—Sentencia.*—No puede pedir la nulidad de una sentencia fundado en que ella no hace mención de su nombre, ni figuró tampoco su nombre en la tabla al anunciarse la causa, la persona que no es parte en el juicio y sólo ha intervenido en él como tercero coadyuvante.—Cas. 31 octubre 1906 . . . . I 370

TACHAS

Cuasi-delito.—Perjuicios.—Responsabilidad.—Testigos.—Son inhábiles para declarar los empleados de la parte que los presenta, y tienen este carácter los empleados de un empresa ferroviaria en causa seguida contra esta empresa.—C. A. 27 octubre 1906 . . . . . II 93

TASACIÓN

1. *Cosa juzgada.—Hipoteca.—Juicio ejecutivo.—Nulidad.—Precio.—Remate.—Salitreras.*—Pedida la nulidad de la escritura de remate extendida en un juicio ejecutivo por no haber sido tasadas las salitreras adjudicadas por ella, no procede esta acción, si del informe del perito nombrado para valorizar los bienes embargados aparece que estimó el valor del caliche existente en dichas pampas en la cantidad de $ 13.000,000, agregando si las consideraciones que á su juicio hacían desmerecer ó anular su valor, hasta el punto de imponer una pérdida al que se dedicase á su elaboración con motivo del impuesto de exportación, por lo que se deben tomar sólo en ese sentido restrictivo las frases «con exclusión de la pampa misma» ó «excluídas las pampas mismas», de que se sirve en su informe, sin que pueda establecerse por esto que no fueron realmente apreciadas en lo que en concepto del perito valían y de que se omitiera la formalidad ordenada en el artículo 46 de la ley de 8 de febrero de 1834.—Cas. 25 julio 1907 . . . . . I 375

2. Si en el juicio ejecutivo fué motivo de controversia el saber si se tomaba como base para la subasta el valor nominal de $ 13.000,000, atribuído por el perito al caliche ó el valor indicado en el informe, rebajando el costo de elaboración y el monto del impuesto y si esta controversia fué resuelta por sentencias que declararon que el importe de la tasación de los bienes embargados ascendía á una suma dada y que en ella estaban comprendidas dichas salitreras, no infringe el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil la sentencia recurrida que establece que del examen de la tasación del perito, de las resoluciones citadas y de los antecedentes

de la causa aparece que esas salitreras fueron tasadas entre los bienes embargados y que esa tasación fué aprobada por la justicia. — Mismo fallo.

TERCERÍA

1. *Causales.— Donación. — Inscripción. — Legado. — Modos de adquirir.—Sucesión.—Tradición.*— La persona instituída en testamento como legataria de un inmueble, adquiere el dominio de él por el hecho de la muerte de la testadora, y esta adquisición no queda sin efecto por la enajenación que posteriormente haga de ese inmueble á un tercero la albacea de la testadora, aunque la enajenación se inscriba, siempre que no haya trascurrido el tiempo necesario para que prescriba el derecho del legatario. Procede, en consecuencia, la tercería de dominio interpuesta por el legatario, en la ejecución seguida por un acreedor hipotecario contra el tercero á quien la albacea donó el inmueble, pues ese tercero no adquirió el dominio por la tradición que le hizo la albacea, ni por prescripción por no haber trascurrido en este caso el tiempo necesario.—Cas. 30 noviembre 1906..... I 147
2. *Bienes inmuebles.— Compraventa.—Minuta de prueba.*— Si se vende una chacra con todos los muebles existentes en ella, deben entenderse incluídos en la venta el carruaje y caballos del fundo. Si el comprador acredita además que el carruaje estaba destinado permanentemente al servicio del fundo vendido, ese bien se reputa inmueble por su destino á virtud de lo dispuesto en el artículo 570 del Código Civil y está por tanto incluído en la venta.— Procede, en consecuencia, la tercería de dominio interpuesta por el comprador y debe alzarse el embargo trabado en esos bienes en ejecución seguida contra el vendedor y hacerse entrega de ellos al tercerista.— C. A. 20 octubre 1906..... II 51
3. *Arrendatario.*— En el juicio ejecutivo sólo son admisibles las tercerías cuando el reclamante ó tercerista pretende dominio de los bienes embargados, derecho para ser pagado preferentemente ó derecho para concurrir en el pago ó falta de otros bienes. Por consiguiente, no procede la tercería interpuesta por un arrendatario fundado en un contrato privado de arriendo, por la que pide se le ponga en posesión de la cosa embargada.—C. A. 12 noviembre 1906 ..... II 102
4. *Juicio ejecutivo.—Parte agraviada.—Poder.*—Siendo la tercería un incidente del juicio ejecutivo, el poder dado para éste es bastante para aquella.—C. A. 12 julio 1906..... II 106

TÉRMINO.—V. *Plazo.*

TESTAMENTO

1. *Legitimario. — Prescripción. —Reforma.*— La prescripción de cuatro años que fija el artículo 1216 del Código Civil para pedir la reforma de un testamento, se refiere únicamente «á los legitimarios á quienes el testador no haya dejado lo que por ley le corresponde», ó sea á aquellos á quienes el testador menciona como tales legitimarios y les asigna una porción de bienes inferior á la que debe tocarles. Esta prescripción no es aplicable al caso del legitimario que, por haber sido pasado en silencio en el testamento, se entiende instituido heredero en su legítima. — Cas. 8 noviembre 1906 . . . . . I 10
2. *Notario.—Nulidad.*—El secretario judicial nombrado reemplazante del notario titular puede autorizar válidamente un testamento como funcionario competente; y en consecuencia, debe rechazarse la acción de nulidad del testamento que se funda en esta circunstancia. —Cas. 4 agosto 1906 . . . . I 33
3. *Protocolización.—Prueba testimonial.*—Las diligencias para protocolizar un testamento verbal, cuando no ha existido oposición de parte, no constituyen contienda civil, sino un acto de jurisdicción no contenciosa.—Cas. 17 octubre 1906. I 143
4. *Instrumento público.—Legitimación. — Reforma.*—Procede la acción de reforma del testamento interpuesta por un legitimario por haberse instituído como único heredero en calidad de hijo legítimo, á un hijo cuya legitimición no fué conferida ipso jure ni por instrumento público y que es simplemente ilegítimo.—C. A. 1.° diciembre 1906 . . . . . II 153
5. *Apreciación. — Nulidad.* —La mención de haberse cumplido al otorgar el testamento las formalidades dispuestas por la ley para la validez de dicho acto, es una nueva formalidad que no puede exigirse sino en los casos en que la misma ley lo requiera expresamente, como lo hace el Código Civil en los artículos 1018 y 1019, pero no se encuentra establecida respecto de aquellas formalidades de que trata el artículo 1017 del Código Civil. Por consiguiente, el hecho de no haberse mencionado en el testamento abierto que todo él fué leído en alta voz por el escribano ó uno de los testigos en la forma prescrita por el artículo 1017 no es causal bastante de nulidad del testamento.—Cas. 21 diciembre 1906 . . . . . I 371
6. *Apreciación.—Falsedad.—Instrumento público.—Prueba.— Testamento.*—Las leyes penales y civiles, y en especial los artículos 344 y 432 del Código de Procedimiento Civil, permiten expresamente impugnar la autenticidad de todo instrumento público y privado ó probar las suplantaciones cometidas, y aceptan como medios probatorios del hecho, tanto el cotejo de letras, como los que «las leyes autoricen para la prueba del fraude», con la restitución del artículo 432 citado, para cuando se procure invalidar una escritura pública con sólo prueba testimonial.—Por consiguiente, y no tratándose de este caso, son admisibles todos los medios probatorios para probar que un testamento es falsificado y por tanto nulo. —Cas. 2 agosto 1907 . . . . I 430
7. Es un hecho de la causa, establecido por el Tribunal sentenciador, mediante la apreciación de la prueba, y como tal, inamovible, el de que una persona no otorgó el testamento que se le atribuye.—Mismo fallo.
8. *Comparecencia.—Fallecimiento.—Notario. — Testigos.* — La muerte del notario que autoriza un acto testamentario y de los testigos instrumentales, no hace perder su valor al testamento.—C. A. 16 septiembre 1905 . . . . . II 17
9. Para proceder á la apertura de un testamento cerrado, no es requisito indispensable la comparecencia personal del escribano y testigos instrumentales.— Las reglas dictadas por la ley para el caso de ausencia del escribano y testigos comprenden á todos los que no comparezcan ó no puedan comparecer al acto de apertura, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc.—Mismo fallo.
10. *Hijo legítimo.—Hijo natural. Legítima.—Reforma.*—Lo que por ley corresponde á los legitimarios y lo que tienen derecho á reclamar por la acción de reforma, es su legítima rigorosa ó la efectiva en su caso.— Instituídos herederos conjuntamente en un testamento el hijo legítimo con los naturales, sin disponerse á favor de éstos expresamente de cuota alguna, no puede sufrir menoscabo la legítima del primero, que se compone de la mitad de los bienes como legítima rigorosa más la cuarta parte de los mismos que, en calidad de mejora, acrece á ésta para formar la efectiva, y en la cuarta restante de libre disposición deben concurrir el hijo legítimo y los naturales.—Esta solución guar-

da conformidad con la voluntad de la testadora, y en este sentido debe reformarse la referida disposición testamentaria.—C. A. 13 noviembre 1906 . . II 100

TESTIGOS

1. *Agregación de documentos. — Casación en la forma.— Causales.—Competencia.—Instrumento público.—Prueba.*— El documento en que se contiene la copia de la declaración de un testigo prestada ante otro juez es prueba instrumental, y debe ser reputado como público; la calificación de su valor jurídico corresponde á los jueces de la causa al valorar en definitiva la fuerza de las pruebas aducidas.—Cas. 5 octubre 1906... . . . . I 225
2. *Causal.—Contribución.— Excepciones. — Instrumento privado —Prueba.— Título ejecutivo.*—No infringe el artículo 374 del Código de Procedimiento Civil la sentencia que no acepta como prueba plena las declaraciones de dos testigos contestes, si estas declaraciones se produjeron fuera del término legal y si, además, aparecen desvirtuadas por las declaraciones de los testigos de la parte contraria, por las posiciones absueltas por esta parte y por los antecedentes del proceso en general.—Cas. 2 agosto 1906 . . . . . I 415
3. *Comparecencia.—Fallecimiento.—Notario.— Testamento.*— La muerte del notario que autoriza un acto testamentario y de los testigos instrumentales, no hace perder su valor al testamento.—C. A. 16 septiembre 1906... ..... II 17
4. Para proceder á la apertura de un testamento cerrado no es requisito indispensable la comparecencia personal del escribano y testigos instrumentales. Las reglas dictadas por la ley para el caso de ausencia del escribano y testigos comprenden á todos los que no comparezcan ó no puedan comparecer al acto de apertura, cualquiera que sea la causa, como muerte, demencia, etc.— Mismo fallo.
5. *Plazo.—Querella.*— No debe procederse al exámen de los testigos del querellado si éste no presentó su lista de testigos antes de las doce del día anterior al designado para la audiencia, sino este mismo día; sin que valga la circunstancia de no haber tenido lugar el comparendo ese día, sino muchos días después.—C. A. 22 octubre 1906.....II 49
6. *Cuasi-delito. - Perjuicios. — Responsabilidad. — Tachas.*— Son inhábiles para declarar los dependientes de la parte que los presenta y tienen este carácter los empleados de una empresa ferroviaria en causa seguida contra esta empresa. C. A. 27 octubre 1906.....II 93

TÍTULO EJECUTIVO

1. *Caducidad.— Censo. — Citación.—Inscripción.*—La existencia de antecedentes y documentos correspondientes á una situación jurídica anterior á la sentencia, no es bastante para suspender los efectos de ese fallo definitivo en que no se tomaron en cuenta, enervando su mérito ejecutivo y la cosa juzgada.—El mérito y alcance de tales antecedentes y documentos solo pueden ser apreciados en un juicio ordinario. —Cas. 22 septiembre 1906...I 65
2. *Cosa juzgada. — Cuentas.— Curador.—Fiador.— Heredero.—Juicio ejecutivo.— Notificación.—Sentencia definitiva.* —La sentencia recaída en el juicio seguido por rendición de cuentas contra un curador, no es título ejecutivo contra el fiador de dicho curador, si éste no ha sido parte ni ha intervenido en forma alguna en aquel juicio de rendición de cuentas. —Cas. 15 diciembre 1906 . . I 305
3. La notificación de la sentencia recaída en el juicio de cuentas, hecha á los herederos del fiador para los efectos del artículo 1377 del Código Civil, no altera su situación, ya que no los constituye partes en el juicio y presupone la existencia de un título ejecutivo en contra de su causa-habiente.—Mismo fallo.
4. *Causal.—Contribución.— Excepciones.—Instrumento privado.—Prueba. — Testigos.*— La sentencia que da lugar á la ejecución y ordena el pago de la multa á la persona que presentó un documento en papel incompetente, no infringe los artículos 462 y 485 número 7.° del Código de Procedimiento Civil, ni los artículos 8 y 11 de la ley de 1.° de septiembre de de 1874, si el ejecutado no reclamó del mandamiento de ejecución y sólo opuso la excepción de pago y no la del artículo 485 número 7.°, y si sólo estando la causa en estado de sentencia observó que el documento había sido extendido en papel sellado del bienio anterior al de su fecha.—Cas. 2 agosto 1907.. . . . . I 415
5. *Plazo.—Prescripción.*—Debe denegarse la ejecución si el título presentado tiene más de diez años contados desde que la obligación se hizo exigible. —La circunstancia de que aparezcan en el título abonos hechos á la deuda, que no aparecen aceptados por el deudor, no es antecedente para establecer que desde la fecha del último de esos abonos debe contarse el plazo de diez años á que se refiere el artículo 463 del Código de Procedimiento Civil. Este plazo debe contarse desde que se cumplió el término fijado en el mismo título, esto es, desde que la obligación se hizo exigible.—C. A. 11 diciembre 1906 . . . . . II 135

TRADICIÓN

1. *Causales. — Dominio.—Inscripción.—Legado.—Modos de adquirir. — Sucesión.—Tercería.*—La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio. y se puede suceder á una persona ya á título universal como heredero, ya á título singular como legatario, sin que sea necesario para la adquisición del dominio en uno ú otro carácter que además se haga tradición de las cosas heredadas ó legadas; puesto que respecto de unos mismos bienes no pueden concurrir diversos modos de adquirir su dominio.—Cas. 3 noviembre 1906 . . . . . I 147
2. La persona instituída en testamento como legataria de un inmueble adquiere el dominio de él por el hecho de la muerte de la testadora, y esta adquisición no queda sin efecto por la enajenación que posteriormente haga de ese inmueble á un tercero la albacea de la testadora, aunque esa enajenación se inscriba, siempre que no haya trascurrido el tiempo necesario para que prescriba el derecho del legatario.—Procede, en consecuencia, la tercería de dominio interpuesta por el legatario, en la ejecución seguida por un acreedor hipotecario contra el tercero á quien la albacea donó el inmueble, pues ese tercero no adquirió el dominio por la tradición que le hizo la albacea ni por prescripción por no haber trascurrido en este caso el tiempo necesario.—Mismo fallo.

TRANSACCIÓN

1. *Aprobación judicial.— Divorcio.— Estado civil.—Nulidad.— Separación de bienes.*- Una transacción por la cual uno ú otro cónyuge ó ambos juntos renuncian á su estado civil de marido ó mujer, es contraria á la ley, y en consecuencia nula de nulidad absoluta.—C. A. 27 noviembre 1906 . . . II 103
2. Semejante transacción no adquiere valor por la aprobación judicial, pues ésta no puede dar valor á un acto nulo en su origen.—Mismo fallo.

TRÁNSITO

1. *Prescripción. — Servidumbre.* —Las servidumbres disconti-

nuas, como la de tránsito, y las continuas inaparentes, no pueden adquirirse por prescripción; ni aun el goce inmemorial basta para constituirlas y sólo pueden adquirirse por medio de un título.—C. A. 15 octubre 1906 . . . . . II 105

2. La servidumbre establecida por el dueño de un predio á favor de otro predio que también le pertenece, solo subsiste al enajenarse uno de ellos si esta servidumbre es contínua y aparente.—Mismo fallo.

U

ULTRA-PETITA

1. *Querella.*—No falla ultra-petita la sentencia dictada en una querella, que se limita en su parte resolutiva á no dar lugar lisa y llanamente «al interdicto promovido».—Cas. 15 septiembre 1906. . . . . I 40

2. *Casación de oficio.— Confesión. — Mutuo.— Novación.* — Entablada ejecución para cobrar una cantidad dada en mutuo, y opuesta la excepción de nulidad de la obligación por no haberse entregado esa cantidad, falla ultra-petita la sensencia de segunda instancia que rechaza esta excepción, acogida por la de primera, fundándose, no en la circunstancia de haber contraído el ejecutado una obligación mutuaria, sino en el hecho de haberse sustituido éste en la deuda de un tercero para con el ejecutante, operándose así una novación, siendo que ni en la escritura de mutuo, ni en la demanda, se hace alusión á dicha sustitución, por lo cual no pudo ser materia de juicio ni se tomó en cuenta en el fallo de primera instancia.—Cas. 2 noviembre 1906 . . . . . I 44

3. *Casación en la forma.—Estacamentos. — Pertenencias. — Salitreras.—Sociedad conyugal.*—No habiéndose negado por el Fisco en el juicio sobre mensura de salitreras el derecho para hacer peticiones ni la legalidad y efectividad de los títulos, falla ultra-petita la sentencia que no da lugar á la mensura de una pertenencia fundada en haberse concedido ya otras dos al cónyuge del peticionario.—Cas. 31 diciembre 1906 . . . . . I 49

4. *Casación en la forma.—Competencia. — Costas* —Precede sin competencia y falla ultra-petita el Tribunal de Alzada que condena á una de las partes en las costas causadas en primera instancia, revocando en este punto el fallo apelado, sin que el apelante haya formulado á este respecto petición alguna en la expresión de agravios. — Cas. 13 marzo 1907 . . . . . I 79

5. *Contradicciones del fallo.*— No falla ultra-petita la sentencia que, revocando la de primera instancia que daba lugar á la demanda de resolución de un contrato de compra-venta por falta de pago, niega lugar á ella y dispone al mismo tiempo se gire libramiento á favor del demandante por la cantidad consignada á su órden por el demandado en pago del precio, siendo que la entrega de esa cantidad fué un punto sometido á la resolución judicial en el curso de la causa.—Cas. 15 marzo 1906 . . . . . I 118

6. *Casa ión en la forma.—Omisión.—Sentencia.*—La sentencia de segunda instancia que desecha la demanda en virtud de una excepción que no ha sido opuesta por el demandado ni en primera ni en segunda instancia, incurre en el vicio de ultra-petita, pues extiende su fallo á puntos no sometidos por las partes á la consideración del tribunal. — Cas 25 abril 1905 . . . . . I 119

7. Si el demandante expresa en su demanda y en su alegato que la cuestión consiste en determinar si una cláusula testamentaria es un censo como él sostiene ó un mayorazgo como lo afirma la parte contraria, y la sentencia de primera instancia da lugar á la demanda por estimar que dicha cláusula importa la constitución de un vínculo, la sentencia de segunda instancia que confirma sin modificación la de primera, se pronuncia precisamente sobre la cuestión fundamental propuesta por la parte relativa al alcance jurídico de dicha cláusula, contiene, por consiguiente, la decisión del asunto controvertido y no se ha extendido á puntos no sometidos á la resolución del tribunal.—Cas. 18 junio 1906.....,, 1 119

8. *Cosa juzgada. — Nulidad.— Quiebra.*—No falla ultra-petita la sentencia que declara la nulidad de unos contratos celebrados por un fallido, fundándose en el artículo 1376 del Código de Comercio, si la demanda se fundaba precisamente para pedir esa nulidad, entre otras prescripciones, en ese artículo.—Cas. 6 noviembre 1906 . . . . . I 138

9. *Abordaje. — Apreciación. — Capitán.— Naviero.— Perjuicios.—Reclamación.*—No falla ultra-petita la sentencia de segunda instancia que, sin variar las condiciones de la litis, ni modificar la naturaleza jurídica de la acción propuesta, confirma la de primera, limitándose á agregar un nuevo fundamento á los consignados en aquella resolución.—Cas. 19 julio 1905 . . . . . I 167

10. Si la sentencia recurrida al confirmar la de primera instancia contra la cual no se dedujo recurso de nulidad, mantiene intacta la parte dispositiva de este fallo, no procede tampoco en su contra el recurso de casación por fallar ultra-petita, pues este vicio, en caso de existir, se habría cometido en la de primera instancia, y no fué reclamado oportunamente como lo exige la ley. — Mismo fallo.

11. *Agregación de documentos. Citación. — Contradicciones del fallo.*—Interpuesta una demanda en contra de una testamentaría representada por el cónyuge sobreviviente y por los herederos instituídos en el testamento, á fin de obtener el pago de una deuda hereditaria, no falla ultra-petita la sentencia de segunda instancia que confirma la de primera con declaración de que ha lugar también á la demanda en contra del cónyuge sobreviviente, quien deberá contribuir al pago de la deuda con su cuota correspondiente, ya que era este un punto sometido á la decisión del tribunal sentenciador. Cas. 17 abril 1907..... I 18

12. No falla ultra-petita la sentencia que se limita á decidir el punto controvertido, que era en la especie la procedencia ó improcedencia de un pago por consignación ofrecido.—Cas. 7 mayo 1907 . . . . . I 2

13. *Acción ordinaria. — Acción posesoria.—Casación en la forma.*—Falla ultra-petita el Tribunal de Alzada que extiende su resolución á puntos no sometidos á su decisión, estableciendo que lo que resuelve es un interdicto posesorio porque es esa á su juicio la acción deducida en la demanda, siendo que en realidad de los términos claros de ella aparece que la acción deducida es ordinaria, habiéndose seguido la litis por los trámites del juicio ordinario, y habiendo dado ese carácter á la acción la sentencia de primera instancia.—Cas. 20 noviembre 1906..... I 2

14. *Casación en la forma.— Considerandos.—Ex ep tomo. Juicio ejecutivo.—Personería.* —Falla ultra-petita la sentencia del Tribunal de Alzada que rechaza la acción ejecutiva en virtud de la excepción de falta de personería fundada en ciertos hechos y antecedentes jurídicos no discutidos ni propuestos en el juicio, siendo que la excepción de falta de personería opuesta por el ejecutado se fundaba en hechos y antecedentes diversos. La circunstancia de referirse el vicio en que se funda el recurso de casación á los términos en que aparecen redactados los consi-

derandos del fallo recurrido, y la de que el tribunal sentenciador se haya limitado en la parte dispositiva de dicha resolución á declarar admitida la excepción de falta de personería, no modifica el aspecto jurídico de la cuestión, por cuanto esos considerandos son en este caso parte integrante y sustancial de lo dispositivo del fallo, ya que sin ellos no tendría éste existencia ni significado alguno legal. — C. A. 18 mayo 1907 . . . . . I 255

15. *Acción posesoria.—Ampliación. — Apelación. — Apreciación. — Causales. — Contra-querella. — Cosa juzgada. — Costas. — Desistimiento.—Fiscal. — Municipalidad. Omisión. — Parte agraviada. — Plazo. —Posesión. — Querella.—Sentencia.*—Apelada por una Municipalidad la sentencia dictada en una querella, la representación en segunda instancia corresponde al Fiscal de la Corte, si no se ha encomendado á otras personas, en conformidad al inciso 2.° del artículo 93 de la Ley de Municipalidades. Si el Fiscal se limita á dar su dictamen opinando por la confirmación del fallo de primera instancia, y la Corte lo revoca, no falla ultra-petita por no haber solicitado nadie la revocación, si en el curso del juicio la Municipalidad sostuvo que la plaza, objeto de la querella era un bien nacional de uso público y en segunda instancia se hizo parte el Director del Tesoro en representación de los intereses fiscales.—Cas. 1.° diciembre 1904 I 294

16. *Casación en la forma.—Perjuicios.*—Si en la demanda se pide el pago de una suma dada como indemnización de perjuicios, es nula por fallar ultra-petita la sentencia que, al confirmar la de primera instancia que daba lugar en parte á la indemnización pedida, declara que ésta debe pagarse en forma de una pensión vitalicia y que la empresa demandada debe constituir una garantía para responder por esa pensión durante el tiempo que ella debe durar. Esta última resolución se refiere á un punto no propuesto ni discutido por las partes — Cas. 18 diciembre 1906..... I 319

17. *Casación en la forma.— Nulidad.—Remate.*—Es nula por fallar ultra-petita la sentencia del Tribunal de Alzada que se extiende á un punto no sometido por las partes á la decisión del Tribunal. Pedida la nulidad de un remate judicial en virtud de ciertas causales, declarada esta nulidad en primera instancia, y precisadas las acciones y excepciones de las partes en los escritos de expresión de agravios y adherimiento á la apelación, falla ultra-petita el Tribunal de Alzada que desecha la demanda declarando inadmisibles las causales de nulidad en virtud de una excepción nueva, que no había sido alegada ni discutida en el juicio: la de que la sentencia de remate debe llevarse adelante mientras no haya sido anulada ó modificada en un juicio previo entre legítimos contradictores. — Cas. 1.° diciembre 1906..... I 362

USUFRUCTO

Asignación testamentaria.—Fallecimiento.—Heredero á título universal.—Parte agraviada. Remanente.— Suspensión del procedimiento.—La asignación testamentaria por la vida del asignatario, ó sea hasta un día cierto é indeterminado, como es el de la muerte de una persona, importa la constitución de un usufructo.—Cas. 26 noviembre 1906 . . . . . I 53

V

VENTA.—V. *Compra-venta.*

VISTA

1. *Abogado.—Casación de oficio. —Suspensión.— Tabla.*—Pedida la suspensión de una causa por el abogado de ella por enfermedad, no puede invocar después la nulidad de la sentencia dictada, fundándose en que la causa estaba mal anunciada en la tabla por haber un error en la última letra del nombre, porque el hecho de pedir la suspensión manifiesta el conocimiento de que era esa la causa.—Cas. 15 diciembre 1906 ..... I 316

2. Solicitada por un abogado la suspensión de una causa por estar enfermo, con el certificado médico correspondiente, si el tribunal ve y falla la causa falta al trámite esencial de señalar nuevo día para su vista y este vicio autoriza para anular de oficio la sentencia. — Mismo fallo.

VICIOS NO RECLAMADOS.— V. *Reclamación.*

ÍNDICE

DE LOS ARTÍCULOS DE LOS CÓDIGOS Y DE LAS LEYES ESPECIALES

(En este índice el primer número indica el artículo, el segundo la sección y el tercero la página)

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA (1833)

10 n.° 5.°	I	273	73 n.° 11	I	273	73 n.° 11	I	331	73 n.° 11	I	334	99	I	58
73 n.° 11	I	58												

CÓDIGO CIVIL

3	I	126	312	II	67	580	II	131	728	II	65	918	II	86
3	I	375	313	II	63	582	I	442	747	I	4	918	I	294
12	I	328	313	II	67	583	I	442	764	I	53	918	I	301
19	II	2	321 n.° 1° y 2°	I	186	588	I	147	765	I	53	920	I	246
22	II	2	321 n.° 8.°	I	232	588	I	442	767	I	14	920	I	301
45	II	36	321	I	465	591	II	70	797	I	14	921	II	65
102	II	103	323	I	186	591	I	301	798	I	14	921	I	294
131	I	186	323	I	465	592	I	294	801	I	14	923	II	86
132	I	186	324	I	186	595	II	26	834	I	126	923	I	294
134	I	186	326	I	232	595	I	126	835	I	126	923	I	301
135	I	186	326	I	465	598	II	26	836	I	126	924	II	65
135	II	103	329	I	186	603	II	26	837	I	126	924	II	86
157	II	103	329	I	465	603	I	126	837	I	442	924	I	301
159	II	43	330	I	465	669	I	14	842	I	103	925	II	86
208	II	36	341	I	228	671	I	362	844	I	238	925	I	294
208	II	153	343	II	50	674	I	147	846	I	238	930	II	86
209	I	245	350	I	228	682	I	147	853	I	238	936	I	180
211	I	245	350	I	245	686	I	147	860	I	126	944	II	26
217	II	153	368	I	245	686	I	249	881	II	105	948	I	180
219	I	186	415	I	161	687	I	249	882	I	238	949	I	180
222	II	52	417	I	161	687	I	362	882	I	246	954	I	147
222	I	186	425	I	161	688	I	147	882	II	105	956	I	147
228	II	52	426	I	228	688	I	249	882	I	355	959	I	351
228	I	186	437	I	228	688	I	362	882	I	442	984	II	164
229	II	52	473	II	50	700	I	103	889	I	279	985	II	164
230	I	186	543	I	228	700	II	86	889	I	355	986	II	164
240	I	186	543	I	283	700	I	442	890	I	442	989	II	153
272	II	142	570	II	51	703	I	193	891	I	442	993	II	33
273	I	245	576	I	452	714	I	442	892	I	355	1009	I	430
305	II	67	577	I	442	719	I	294	893	I	279	1014	I	371
309	II	67	577	I	452	724	I	147	917	II	85	1015	I	371
311	II	67	578	I	452	724	II	86	918	II	65	1017	I	371

1818	I	371	1331	II	1	1628	I	44	1801	I	290	2335	I	[illegible]
1019	I	371	1354	II	73	1628	I	193	1801	I	375	2384	I	[illegible]
1020	I	430	1377	I	305	1630	I	44	1803	I	375	2386	I	[illegible]
1021	I	33	1401	I	452	1631	I	14	1817	II	65	2397	I	[illegible]
1021	I	430	1437	I	290	1631	I	44	1824	I	24	2408	I	[illegible]
1023	I	33	1445	I	452	1631 n.° 1	II	156	1826	I	24	2414	I	[illegible]
1023	II	17	1453	I	452	1634	I	44	1830	II	51	2416	I	[illegible]
1023	I	430	1461	I	375	1634	II	156	1873	I	14	2420	I	[illegible]
1025	II	17	1464	I	4	1635	I	44	1942	I	287	2427	I	[illegible]
1025	I	430	1464	II	89	1665	I	89	1942	I	447	2428	I	[illegible]
1026	I	33	1464	I	362	1681	II	97	1947	I	447	2428	I	[illegible]
1026	II	17	1464	I	375	1681	I	375	1950	I	447	2429	I	[illegible]
1026	I	371	1467	I	44	1682	II	43	1956	I	324	2430	I	[illegible]
1026	I	430	1467	I	375	1682	II	89	2013	I	425	2434	I	[illegible]
1037	I	143	1467	I	452	1682	I	290	2015	I	425	2446	II	[illegible]
1038	I	143	1489	I	14	1682	II	97	2016	I	425	2450	II	[illegible]
1057	II	100	1489	II	58	1682	I	375	2032	II	133	2468	I	[illegible]
1069	I	53	1489	I	344	1682	I	430	2033	I	65	2480	I	[illegible]
1087	I	53	1526	II	133	1683	II	89	2033	II	133	2492	I	[illegible]
1089	I	147	1545	II	108	1683	I	290	2042	II	133	2494	I	[illegible]
1097	I	53	1545	I	341	1683	II	97	2043	I	65	2495	I	[illegible]
1097	II	73	1545	I	344	1691	I	19	2048	II	133	2498	I	[illegible]
1104	I	53	1545	I	405	1691	II	43	2081	II	38	2499	I	[illegible]
1129	I	89	1545	II	150	1692	II	43	2098	II	58	2499	I	[illegible]
1133	II	73	1545	II	156	1699	I	225	2103	II	58	2500	I	[illegible]
1180	II	73	1546	II	108	1700	I	430	2132	I	362	2502	I	[illegible]
1181	II	153	1546	I	405	1701	II	153	2169	II	38	2503	I	[illegible]
1182	I	10	1551	I	344	1702	I	415	2196	I	44	2508	I	[illegible]
1182	II	153	1551	I	425	1703	I	355	2197	I	44	2508	I	[illegible]
1183	II	153	1553 n.° 1 y 3	I	4	1709	I	415	2304	I	89	2508	I	[illegible]
1191	II	100	1554	I	4	1710	I	415	2305	II	38	2510	I	[illegible]
1212	II	17	1554	II	97	1711	II	73	2305	I	89	2510	I	[illegible]
1216	I	10	1559	I	341	1711	II	5	2313	I	89	2510	I	[illegible]
1216	II	100	1560	I	405	1711	I	415	2314	II	8	2511	I	[illegible]
1216	II	153	1562	II	142	1712	I	430	2314	II	93	2512	I	[illegible]
1217	II	100	1563	I	405	1725 n.° 5	I	49	2314	II	108	2513	I	[illegible]
1217	II	153	1564	II	68	1730	I	49	2314	II	139	2514	I	[illegible]
1218	I	10	1564	I	405	1740 n.° 5	II	52	2316	I	167	2514	II	[illegible]
1264	I	19	1569	I	405	1740 n.° 5	I	186	2320	II	8	2514	I	[illegible]
1264	II	164	1587	II	131	1740 n.° 2	II	73	2320	II	319	2514	I	[illegible]
1265	I	19	1588	II	131	1754	II	43	2320	II	139	2515	I	[illegible]
1278	I	351	1589	II	131	1756	II	43	2322	II	93	2515	I	[illegible]
1295	I	351	1599	I	240	1764	II	103	2329	II	8	2518	I	[illegible]
1298	I	147	1600	I	240	1793	I	290	2329	I	167	2518	II	[illegible]
1302	I	351	1618 n.° 10	II	30	1793	I	375	2331	II	108			

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

2	I	285	172	I	316	236	I	362	474	I	430	939	I	[illegible]
3	I	1	193	I	40	237	I	362	475	II	102	940	I	[illegible]
3	I	285	193	I	76	251 n.° 4	I	44	485 n.° 7	I	4	940	I	[illegible]
3	I	287	193 n.° 5	I	114	254	II	137	485 " 4, 6, 14	I	44	941 n.° 9	I	[illegible]
6	I	53	193 " 2 y 6	I	119	255	II	137	485 " 2	I	255	941 " 4 y 5	I	[illegible]
8	I	232	193 " 2 y 4	I	235	258	II	137	485 " 10, 11, 12	II	156	941 " 9	I	[illegible]
11	I	232	193 " 6	II	81	295	I	58	485 " 7	I	415	941 " 9	I	[illegible]
19	II	82	193 " 6	I	294	295	II	137	486	I	255	941 " 4	I	[illegible]
24	I	305	193 " 2	I	355	301	II	137	499	I	336	941 " 4	I	[illegible]
24	I	370	193 " 6	I	362	304	II	137	539	I	147	941 " 5	I	[illegible]
24	I	305	193 " 1	I	370	306	II	137	539	II	102	941 " 1 y 4	I	[illegible]
43	I	24	193 " 6	II	121	307	II	137	556	I	4	941 " 9	I	[illegible]
43	II	65	193 " 4 y 5	I	447	308	II	51	558	I	4	941 " 9	I	[illegible]
51	II	123	196	I	425	331	I	193	559	I	4	941 " 4 y 7	I	[illegible]
67	II	49	198	I	58	331	I	225	583	II	156	941 " 9	I	[illegible]
69	II	15	198	I	126	344	I	430	584	II	156	941 " 4 y 5	I	[illegible]
69	I	425	199	I	126	346 n.° 8	II	58	662	II	156	941 " 7	I	[illegible]
111	II	134	200	I	126	347 " 4	II	58	696	I	287	941 " 4 y 6	I	[illegible]
116	I	58	204	I	58	374 " 2	I	415	703	I	301	941 " 4	I	[illegible]
136	I	232	205	I	114	391	I	44	705	II	65	941 " 7	I	[illegible]
151	I	351	210	II	159	431	I	430	706	II	49	941 " 6	I	[illegible]
153	I	294	211	II	159	432	I	430	713	I	301	941 " 4, 7 y 9	I	[illegible]
159	II	15	214	I	425	439	I	79	716	I	301	941 " 9	II	[illegible]
167	I	152	217 n.° 1	II	159	455 n.° 1	I	305	717	I	301	941 " 9	I	[illegible]
167	I	301	223	I	322	462	I	305	837 n.° 2	I	285	941 " 8	I	[illegible]
167	I	375	224	I	228	462	II	135	924	I	99	941 " 9	I	[illegible]
169	I	322	224	I	322	462	I	415	939	I	41	941 " 5 y 9	I	[illegible]
170	I	316	230	I	143	463	II	135	939	I	57	941 " 4	I	[illegible]
170	I	370	234	I	425	466 n.° 16	II	30	939	I	283	941 " 1	I	[illegible]

1 n.° 4	I	246	943	I	145	946	I	185	950	I	225	966 n.° 2	I	355
1 " 5	II	86	943	I	152	946	I	225	950 n.° 2	II	81	966 " 6	II	123
1 " 4	I	255	943	II	81	946	I	460	953	I	41	970 " 2, 5	I	28
1 " 4,5,6,8	I	294	944	I	53	948	I	1	958	I	126	970	I	41
1 " 4	I	319	944	I	161	948	I	161	958	I	193	970 n.° 7	I	143
1 " 5 y 9	I	355	944	II	106	948	I	294	958	I	260	970 " 3	I	182
1 " 1, 4, 5	I	362	945	I	1	948	I	355	958	I	279	970 " 3	I	225
1 " 5 y 9	I	370	945	I	294	949	I	28	960	I	294	970 " 2, 5	I	232
1 " 5	II	121	946	I	57	949	I	41	966 n.° 1	I	24	970 " 6	I	316
1 " 9	II	142	946	I	71	949	I	44	966	I	41	970 " 6	I	370
1 " 5	I	447	946	I	117	949	II	67	966 n.° 1	II	65	977	I	126
1 " 6	I	460	946	I	160	949	I	316	966 " 4	I	225	977	I	279
2	I	322	946	I	177	949	II	121	966 " 3, 4	I	235			

CÓDIGO DE COMERCIO

3	II	108	676	I	336	890	I	167	1058	I	425	1454	II	156
2	II	108	761	II	5	891	I	167	1061	I	425	1456	II	156
3	II	108	769	II	5	906 n.° 3	I	425	1130	I	167	1632	II	30
4	II	150	862	I	167	908	I	167	1134	I	167	1633	II	30
8	I	167	865 n.° 4	I	167	1003	I	425	1326	II	156			
8	I	29	878	I	167	1034	I	425	1376	I	138			

CÓDIGO DE MINERÍA

	I	152	15	II	2	48	II	2	58	I	193	134	I	49
inc. 3.°	II	126	24	II	2	49	II	2	63 inc. 2.°	II	126	140	II	38
	II	2	29	II	70	49	I	193	81	I	49	146	II	38
	II	152	39	I	193	52	II	2	81	I	249			
	II	2	47	II	2	56	I	193	83	I	249			

ÍNDICE DE LAS LEYES ESPECIALES

LEYES ESPAÑOLAS

'artida 3.ª, título 14, ley 1.ª ..... I 242
» 3.ª, » 14, » 12 ..... II 42
» 3.ª, » 16, » 8 ..... I 430
» 3.ª, » 16, » 18 ..... I 426
» 3.ª, » 16, » 28 ..... I 430
» 3.ª, » 16, » 29 ..... I 430
» 3.ª, » 16, » 32 ..... I 167
» 3.ª, » 16, » 40 ..... I 167
» 3.ª, » 16, » 40 ..... I 242
» 3.ª, » 18, » 8 ..... I 430
» 3.ª, » 22, » 13 ..... I 375
» 3.ª, » 26, » 1.ª ..... I 375
» 4.ª, » 13, » 1.ª ..... II 67

Fuero Real libro 3.°, título 6, ley 2 ..... II 67

Novísima Recopilación, lib. 11, tít. 7, ley 3 ..... II 137
» » » 11, » 12, ... I 430
» » » 11, » 18, ... I 375

Ordenanzas de Nueva España, título 16:

Artículo 10 ..... I 103
» 11 ..... I 103
» 12 ..... I 103
» 13 ..... I 103
» 14 ..... I 103

LEYES PATRIAS

1837

Ley de 1.° de marzo, sobre el recurso de nulidad.

2 n.° 1 I 421
5 I 71

Ley de 8 de febrero, sobre el juicio ejecutivo.

46 I 362
46 I 375
47 I 362
47 I 375
48 I 362
48 I 375
49 I 375

1842

Ley de 17 de diciembre, sobre caminos.

25 I 180

1857

Ley de 18 de junio, sobre expropiación de terrenos para ferrocarriles.

3 I 421

1861

Ley de 7 de octubre, sobre el efecto retractivo de las leyes.

2 II 11
3 II 11
3 II 33
5 II 11
24 II 15

24 I 375

1872

Ordenanza de Aduanas de 24 de diciembre.

69 I 260
84 n.° 11 I 260
89 » 18 y 20 I 260
138 » 4 I 260

158 I 260

Ordenanza de 3 de enero, sobre mercedes de aguas..... II 26

3 I 310
7 I 310

1873

Ley de 3 de enero, sobre expropiación de terrenos para la Empresa de Agua Potable de Valparaíso..... I 421

1874

Ley de 1.° de septiembre, sobre papel sellado.

8 I 415
11 I 415

Ley de 4 de agosto, sobre enajenación de terrenos en territorio araucano.

9 II 164

Tratado con Bolivia..... I 193

Código de Minería de 18 de noviembre.

3 I 49
26 I 49
35 I 49
35 I 193
45 I 249
97 I 193
99 I 193
149 I 49
149 I 249
150 I 249
151 I 249

1875

Ley de 15 de octubre, sobre Organización y Atribuciones de los Tribunales.

1 I 58
1 I 331
1 I 334
5 I 58
5 I 331
5 I 334
9 I 425
176 I 37
177 I 37
181 I 242
192 I 58
216 II 131
221 I 430
243 II 82
263 n.° 5 II 141
365 I 33
366 n.° 1 I 33
397 I 53

1877

Reglamento de 28 de julio, sobre concesiones de depósitos de salitre y bórax.

3 I 193
4 I 49
5 I 193
6 I 49
6 I 193
6 I 249
7 I 193

1878

Reglamento de abordajes, de 14 de noviembre.

16 I 167

1879

Ley de 2 de mayo, sobre atribuciones del Gobierno respecto al territorio entre los paralelos 23 y 24..... I 193

1881

Ley de 22 de diciembre, sobre pensiones militares..... I 331
I 334
I 273

1884

Tratado de Paz con el Perú, promulgado el 20 de mayo..... I 103

1888

Ley de 21 de diciembre, sobre pensiones militares..... I 58

1889

Ley de 19 de enero, sobre composición de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Santiago, competencia, etc.

15 I 421

1890

Ley de elecciones, de 20 de agosto.

26 n.° 6 II 69

1891

Ley de Municipalidades, de 22 de diciembre.

24 II 77
26 n.° 2 I 310
33 II 147
44 II 91
44 II 147
48 II 91
49 II 91
93 inc. 2 II 91

1892

Ley de 9 de enero, sobre pensiones militares..... I 334
I 273

Ley de 26 de noviembre, sobre conversión metálica.

9 I 260

1893

Ley de 31 de mayo, sobre conversión metálica.

5 I 260
6 I 260
8 I 260

1895

Ley de 11 de febrero, sobre conversión metálica.

10 I 405
20 I 405

Reglamento de 5 de julio, sobre arenas auríferas..... II 2
I 152

Ley de 7 de febrero, sobre pensiones militares..... I 58

1896

Ley de 18 de junio, sobre forma de pagos de derecho de internación..... I 2[illegible]

1897

Ley de 15 de septiembre, sobre las obras de Peñuelas... I 421

1898

Ley de 31 de julio, sobre emisión..... I [illegible]

Ley de 23 de enero, sobre las obras de Peñuelas.... I 421

1899

Ley de 6 de septiembre, sobre militares..... I 351

1900

Ley de 10 de enero, sobre avalúo de haberes y matrícula para el pago de patentes. II 14[illegible]

1902

Ley de 28 de agosto, aprobatoria del Código de Procedimiento Civil.

5 II [illegible]
5 I 42[illegible]

1905

Ley de 2 de febrero, sobre pensiones militares... I [illegible]
I 273

DECRETOS SUPREMOS

Decreto de 27 de junio de 1879, sobre el distrito minero del litoral del norte ..... I 193
Decreto de 27 de junio de 1879, sobre facultades del Gobernador del litoral del norte relativas al salitre..... I 193
Decreto de 11 de junio de 1881, sobre propiedad salitrera en Tarapacá..... I 103
Decreto de 6 de septiembre de 1881, sobre propiedad salitrera en Tarapacá..... I 10[illegible]
Decreto de 28 de marzo de 1882, sobre propiedad salitrera en Tarapacá..... I 10[illegible]
Decreto de 30 de marzo de 1884, que suspendió las concesiones de salitre..... I [illegible]

LEGISLACIÓN BOLIVIANA

CODIGO CIVIL

165 ..... II 11 | 166 ..... II 1[illegible]

LEGISLACIÓN PERUANA

CÓDIGO CIVIL

235	II	33	438	II	33
236	II	33	439	II	33
238	II	33	903	II	33
239	II	33	904	II	33
242	II	33	908	II	33

Ley de 18 de mayo de 1875, sobre propiedad **salitrera** ..... I 103

Decreto de 13 de julio de 1876, sobre propiedad salitrera..... I 103

Decreto de 16 de diciembre de 1876, sobre propiedad salitrera ..... I 103

Decreto de 15 de marzo de 1877, sobre propiedad salitrera..... I 103

Decreto de 16 de agosto de 1877, sobre propiedad salitrera..... I 103

INDICE ALFABÉTICO

DE LOS NOMBRES DE LAS PARTES LITIGANTE EN LAS RESOLUCIONES PUBLICADAS

Este índice señala el nombre de la parte, demandante ó demandado, la fecha del fallo, la sección de la "Segunda Parte" de la Revista y la página de la sección

A

Aguirre viuda de Bascuñán Victoria y otros, 31 diciembre 1906 . . . . . I 49
Aguirre Diego A., 24 diciembre 1906 . . . . . .II 159
Alarcón, 3 mayo 1907 . . . . I 238
Alfaro, 4 septiembre 1905. . .II 8
Aliberti, 20 octubre 1906 . . .II 51
Alvarado, 15 octubre 1906. . .II 52
Alvarez Hermanos, 5 julio 1906 . . . . . I 1
Alvarez Rojas Juan Antonio, 19 noviembre 1906 . . . . . .II 126
Anguita viuda de Fernández Quiteria, 29 mayo 1905 y 10 julio 1907. . . . . I 355
Anguita Bernabé Francisco, 1.° diciembre 1906 . . . . . I 362
Aracena, 15 julio 1907 . . . . I 331
Araneda viuda de Araneda Carolina, 6 noviembre 1906 . . .II 89
Araneda viuda de Araneda Carolina, 12 julio 1906 . . . . .II 106
Aroca, 26 noviembre 1906. . . I 228
Asfrosa, 27 septiembre 1906. . I 123
Athens Germán, 6 noviembre 1906 . . . . . .II 89
Athens Germán, 6 agosto 1907 II 159
Azócar, 20 octubre 1906 . . .II 51

B

Badilla, 29 mayo 1905 y 10 julio 1905 . . . . . I 355
Baltra, 16 septiembre 1905 . .II 5
Banco Santiago, 10 julio y 1.° diciembre 1906 . . . . . I 71
Banco de Concepción, 10 julio y 1.° diciembre 1906. . . . . I 71
Banco Caupolicán, 11 diciembre 1906 . . . . . .II 135
Bannen Constantino, 31 diciembre 1906 . . . . . I 152
Bannen Constantino, 25 noviembre 1905 . . . . . .II 2
Barbagelata, 3 agosto 1907 . . I 442
Barra de la, 24 diciembre 1906 I 159
Barros Agustín, 3 noviembre 1906 . . . . . I 147
Barros de Velasco Mercedes Antonia y otros, 28 noviembre 1905 y 5 octubre 1906 . . . I 225
Bascuñán viuda de Jofré, 15 octubre 1906 . . . . . .II 105
Bavestrello, 27 mayo 1907 . . I 245
Bercezio, 2 agosto 1907. . . . I 415
Besa, 5 diciembre 1906. . . .II 137
Bitsch, 6 octubre 1905 . . . .II 5
Blest, 3 noviembre 1906. . . .II 43
Bornschener y Cía, 7 diciembre 1903 . . . . . .II 1
Brañes (sucesión), 29 agosto 1907 . . . . . I 452
Bravo José L., 15 octubre 1906 II 52
Bravo Enriqueta, 18 diciembre 1906 . . . . . I 319
Buero, 6 noviembre 1906 . . I 138
Burgos, 11 noviembre 1905 . .II 15
Burmeister, 1.° diciembre 1906 II 131
Bustamante, 23 agosto 1907. . I 425

C

Candia, 19 julio 1907. . . . . I 328
Canto del Daniel, 4 agosto 1906 I 89
Canto del viuda de Núñez Ana María, 17 abril 1907 . . . . I 182
Cañipa, 23 octubre 1906 . . .II 86
Carrasco B. Ismael (sucesión), 20 noviembre 1906 . . . . . I 161
Carrasco viuda de González Delfina, 22 octubre 1906. . . .II 49
Carrasco y Zanelli, 19 julio 1907 . . . . . I 344
Castellón, 11 junio 1907 . . . I 283
Carvacho viuda de Valenzuela, 3 julio 1907. . . . . I 341
Chili Telephone Company Limited, 1.° mayo 1907. . . . . I 235
Chilian Electric Tranway and Light Co. Ltd., 8 diciembre 1906 . . . . . I 319
Cockbain, Roxburg y Cía., 19 julio 1905. . . . . I 167
Collao, 27 septiembre 1906 . . I 152
Compañía de Seguros «La Francesa», 6 septiembre 1906. . I 29
Compañía del Ferrocarril Urbano de Valparaíso, 10 noviembre 1906 . . . . . I 41
Compañía Minera de Santa Rosa, 16 octubre 1906 . . . . . I 57
Compañía Nacional de Teléfonos 15 marzo 1907. . . . . I 118
Compañía Minera Copaquire, 27 septiembre 1906. . . . . .II 50
Compañía Salitrera Progreso, 6 abril 1907. . . . . I 193
Compañía de Gas de Quillota, 15 diciembre 1906 . . . . . I 290
Compañía de Seguros «Law Union and Crown», 3 julio 1907 . . . . . I 322
Compañía Salitrera Aurrerá, 18 diciembre 1906 . . . . . .II 150
Compañía Inglesa de Vapores, 23 agosto 1907. . . . . I 425
Concha y Toro Enrique, 7 julio 1906 . . . . . .II 38
Concha Benjamín, 17 noviembre 1906 . . . . . .II 121
Coo, 5 julio 1907. . . . . I 1
Cornejo, 27 julio 1907 . . . .II 139
Crockett Juan, 25 noviembre 1905 . . . . . .II 2
Crockett Juan, 31 diciembre 1906 . . . . . I 152
Curato de Lampa, 1.° diciembre 1904 y 20 diciembre 1906. . I 294
Cuyet, 4 septiembre 1905. . .II 8

D

Darmendrail y Harismendy Hermanos, 20 octubre 1906. . . I 145
Decombe, 25 julio 1907. . . . I 375
Delgado, 4 agosto 1906. . . . I 33
Delpino y Andrade, 28 diciembre 1906 . . . . . .II 156
Delvertti, 13 noviembre 1906 .II 100
Díaz Francisca y otra, 22 octubre 1906 . . . . . .II 77
Díaz Valdés viuda de Moreno, Josefa, 18 julio 1906 y 7 mayo 1907 . . . . . I 232
Díaz Valdés Pío, 18 julio 1906 y 7 mayo 1907 . . . . . I 232
Díz, 6 octubre 1905 . . . . .II 5
Doggenweiler, 15 marzo 1906. . I 118
Donoso viuda de Donoso, 4 agosto 1906 . . . . . I 128
Dueñas, 22 septiembre 1906. . I 65

E

Eastman Tomás (sucesión), 3 agosto 1907. . . . . I 442
Echenevucia, 2 noviembre 1906 . . . . . I 44
Eguiluz, 19 noviembre 1906. .II 69
Empresa de Agua Potable de Peñuelas, 22 agosto 1903 y 19 agosto 1907. . . . . I 421
Errázuriz, 21 noviembre 1906 . I 114
Espinosa, 26 octubre 1906. . .II 58
Espoz Carmen y otra, 6 diciembre 1906 . . . . . .II 142
Espoz Felicidad, 6 diciembre 1906 . . . . . .II 142

F

Fariña, 3 noviembre 1906. . . . .II 43
Fenelón, 14 mayo 1907 . . . . I 249
Fernández (sucesión), 11 abril 1907 . . . . . I 180
Ferrocarril Salitrero, 27 septiembre 1906 . . . . . .II 50
Ferrocarril Salitrero, 27 octubre 1906 . . . . . .II 93
Figueroa, 8 octubre 1906 . . .II 63
Fisco, 31 diciembre 1906 . . . I 49
Fisco, 6 noviembre 1906 . . . I 58
Fisco, 30 dicembre 1906 . . . I 99
Fisco, 30 noviembre 1906. . . I 103
Fisco, 29 octubre 1906 . . . .II 42
Fisco, 6 abril 1907 . . . . . I 193
Fisco, 14 mayo 1907. . . . . I 249
Fisco, 30 noviembre 1906. . . I 260
Fisco, 26 octubre 1906 . . . . I 273
Fisco, 17 diciembre 1906 . . . I 301
Fisco, 15 julio 1907 . . . . . I 331
Fisco, 22 julio 1907 . . . . . I 334
Fisco, 17 agosto 1907. . . . . I 405
Fisco, 13 agosto 1907 . . . . I 460
Flores (sucesión), 23 noviembre 1906 . . . . . I 228
Focacci, 23 octubre 1906 . . .II 86
Frederick, 12 marzo 1906. . . I 152
Fuentes, 26 diciembre 1906. .II 26
Fuenzalida, 1.° diciembre 1906 II 153

G

Gaete, 27 octubre 1907. . . .II 82
Gajardo, 21 marzo 1906. . . . I 160
Gallardo viuda de Moreno, 1.° mayo 1907 . . . . . I 235
Gamarra, 5 septiembre 1906. .II 36
Garay, 22 junio 1907. . . . . I 287
García, 13 junio 1907. . . . . I 285
García de la Huerta, 13 octubre 1906 . . . . . I 4
Gatica, 4 agosto 1907. . . . . I 126
Gerard, 19 julio 1905 y 11 abril 1907 . . . . . I 167
Gibbs y Cía., 29 agosto 1907 . I 452
González viuda de Castro Flora, 4 agosto 1906 . . . . . I 89
González Joaquín, 8 mayo 1907 I 242
Grace y Cía, 25 julio 1907. . . I 336
Guinberg, 16 octubre 1906 . . I 57
Gutiérrez, 21 diciembre 1906 . I 310
Guzmán Alfredo, 6 septiembre 1906 . . . . . I 29
Guzmán Manuel A., 31 octubre 1906 . . . . . I 370

H

Hall, 5 diciembre 1906. . . .II 134
Harismendy Hermanos y Larroulet, 15 octubre 1906 . . . . I 305
Hernández Angel, 19 noviembre 1906 . . . . . .II 69
Hernández Miguel, 7 noviembre 1906 . . . . . .II 81
Herrera Federico, 12 diciembre 1906 . . . . . I 310
Herrera viuda de Ponce de León Juana María, 1.° diciembre 1906 . . . . . I 156
Hesselbart, 30 noviembre 1906 I 260
Hidalgo José Miguel, 8 mayo 1907 . . . . . I 117
Hidalgo Teresa, 15 diciembre 1906 . . . . . I 305
Hirsch, 7 noviembre 1906. . .II 81
Hörman y Cía, 28 diciembre 1906 . . . . . I 156
Humeres de Rodríguez, 19 abril 1907 . . . . . I 186
Huth y Cía., 19 noviembre 1907 . . . . . .II 134

I

Habaca, 13 junio 1907 . . . . I 285
Hufi, 12 marzo 1906 . . . . . I 152
Iñiguez viuda de Silva, 25 abril 1906 y 18 junio 1906. . . . I 119
Iturra, 13 noviembre 1906 . .II 100

J

Jara, 31 mayo 1907 . . . . . I 279

K

Köning, 7 julio 1906 . . . . .II 38
Körner, 18 diciembre 1906 . .II 150
Kuhnel José, 27 noviembre 1906 . . . . . .II 103

L

Labarca, 1.° diciembre 1906. .II 131
Lacco, 6 noviembre 1906 . . . I 138
Lagos, 12 julio 1907 . . . . . I 324
Lantadilla, 3 mayo 1907 . . . I 238
Lappé 25 julio 1907 . . . . . I 375
Lavin (sucesión), 23 abril 1907 I 185
Lazo Domitila, 9 noviembre 1907 . . . . . I 37
Lazo Santiago y otros, 17 octubre 1906 . . . . . .II 70
Leiva, 22 octubre 1906 . . . .II 77
Letelier Pedro Nolasco, 13 marzo 1907. . . . . I 79
Letelier Ricardo, 28 noviembre 1905 y 5 octubre 1906 . . . I 225
London Nitrate Company Limited, 19 noviembre 1906 . . II 126
Lorie de Mayol, 25 abril 1905 y 18 junio 1906 . . . . . I 119
Lozano, 12 julio 1906 . . . . II 106

M

Maffei, 22 julio 1907 . . . . I 334
Mainguyague, 7 mayo 1907 . . I 240
Mauríquez, 8 noviembre 1906 . II 67
Marín, 22 junio 1907 . . . . I 287
Martínez Claudio, 2 agosto 1906 . . . . . .II 11
Martínez de Acevedo Matilde, 2 agosto 1906 . . . . . .II 11
Martínez Juan de Dios, 8 mayo 1907 . . . . . I 242
Mascayano, 3 julio 1907 . . . I 341
Matamala, 12 noviembre 1906. II 102
Melita Benjamín, 11 diciembre 1906 . . . . . I 164
Melita Juan y otros, 11 diciembre 1906 . . . . . I 164
Mena, 22 agosto 1903 y 19 agosto 1907. . . . . I 421
Mendoza, 20 noviembre 1906 . I 246
Mery, 31 agosto 1904 y 26 noviembre 1906 . . . . . I 53
Mesones, 7 mayo 1907 . . . . I 240
Mesa viuda de Espinoza, 26 octubre 1906 . . . . . .II 58
Miller Almeida (sucesión), 12 noviembre 1906 . . . . . .II 102
Miranda, 31 agosto 1904 y 26 noviembre 1906 . . . . . I 53
Molina Delfín, 2 agosto 1907. . I 430
Molina Caracciolo y otros, 2 agosto 1907. . . . . I 430
Monasterio Francisco, 30 octubre 1906 . . . . . I 14
Monasterio del Buen Pastor, 3 diciembre 1906 . . . . . .II 132
Monsalve, 5 diciembre 1906. . II 147
Montalva, 6 agosto 1907 . . . I 447
Montecino, 4 agosto 1906. . . I 33
Montes de Oca, 2 noviembre 1906 . . . . . I 44
Montrión, 19 noviembre 1906 . II 108
Montt de Rodríguez María Mercedes, 20 septiembre 1907. . I 465
Montt Jorge, 20 septiembre 1907 . . . . . I 465
Morán Aurora y otros, 8 noviembre 1906. . . . . I 10
Morán Juana Envangelista y otros, 8 noviembre 1906 ..... I 10
Morán José Nicolás, 29 octubre 1906 ... ...II 42
Moreno, 18 mayo 1907..... I 255
Mujica, 15 septiembre 1906..... I 40
Municipalidad de Lolol, 15 septiembre 1906..... I 40
Municipalidad de San Gregorio, 27 octubre 1906.....II 82
Municipalidad de Quillota, 15 diciembre 1906..... I 290
Municipalidad de Lampa, 1.° diciembre 1904 y 20 diciembre 1906 ... ... I 294
Muñoz, 21 diciembre 1905 .....II 30

N

Nieto, 27 noviembre 1905 ... ... I 28
Núñez Domingo, 17 abril 1907. I 182
Núñez Domingo, 16 noviembre 1906 ... ...II 73
Núñez Daniel (sucesión), 16 noviembre 1906.....II 73

O

Olguín, 5 noviembre 1906 ..... I 24
Orbeta, 4 julio 1907..... I 351
Ortiz, 26 octubre 1906 ..... I 145
Osorio, 10 abril 1907..... I 177

P

Palma, 19 julio 1907..... I 344
Paradisi, 3 julio 1907 . . . . . I 322
Pastor, 21 diciembre 1905.....II 30
Peña, 27 octubre 1906 . .....II 93
Picard, 27 noviembre 1905..... I 28
Pimentel, 15 diciembre 1906... I 316
Pincheira viuda de Solar, 29 noviembre 1906.....II 123
Planino Elgueta, 17 octubre 1906... . ...II 65
Plaza de la, 31 mayo 1907..... I 271
Prado viuda de Rivera, 11 marzo 1907 . . . . . I 76

R

Ramírez Juan E, 27 mayo 1907 I 245
Ramírez Manuel Antonio y otros, 12 julio 1907 . . . . . I 324
Ramos, 29 noviembre 1906 . .II 92
Rebolledo 1.° diciembre 1906 . . I 362
Recolección Franciscana, 3 noviembre 1906. . . . . I 147
Restevich, 5 noviembre 1906. .II 97
Reyes, 1.° septiembre 1906. . . I 19
Río del, 22 octubre 1906 . . . .II 49
Ríos, (sucesión), 15 diciembre 1906. . . . . I 316
Riquelme, 26 diciembre 1906. .II 26
Riveros, 30 noviembre 1906. . . I 103
Rodríguez Herrera Eduardo, 11 abril 1907. . . . . I 189
Rodríguez Martín, 19 abril 1907. . . . . I 186
Rodríguez viuda de Tapia María del Tránsito, 4 julio 1907. . . I 351
Romero Juan, 15 octubre 1906 .II 105
Romero Juan de Dios, 17 noviembre 1906 . . . . . .II 121
Roncatti, 10 abril 1907 . . . . . I 177
Rosselot, 13 agosto 1907 . . . . I 460
Ruiz (sucesión), 5 noviembre 1906. . . . . I 24

S

Saavedra Benard y Cía., 10 noviembre 1906 . . . . . I 41
Saavedra José, 11 junio 1907. . I 283
Saenz, 30 octubre 1906 . . . . . I 14
Sáez, 8 noviembre 1906. . . . .II 67
Salas Contreras, 15 diciembre 1906. . . . . I 305
Salazar, 27 julio 1907 . . . . . .II 139
Sanfuentes Vicente, 20 noviembre 1906 . . . . . I 246
Sanfuentes Vicente, 3 diciembre 1906. . . . . .II 132
San Martín, 29 noviembre 1906. . . . . .II 123
Santander, 11 noviembre 1905 .II 15
Santibáñez, 31 octubre 1906 . . I 370
Segui, 31 mayo 1907. . . . . I 271
Sepúlveda Juan, 6 noviembre 1906. . . . . I 58
Sepúlveda Isabel, 27 noviembre 1906. . . . . .II 102
Serey José Luis, 21 diciembre 1906. . . . . I 371
Serey Emeterio, 21 diciembre 1906.....I 371
Severoni, 2 agosto 1907. . . . . I 415
Silva Rengifo, 13 octubre 1906. I 4
Simonetti, 25 julio 1907. . . . . I 336
Sociedad Agrícola de Cochamó, 5 diciembre 1906. . . . . .II 134
Solar, 1.° septiembre 1906. . . . I 19
Solari, 21 noviembre 1906. . . . I 114
Solis, 8 marzo 1907. . . . . I 117
Soto, 17 octubre 1906 . . . . . .II 65
Stuven 5 diciembre 1906 . . . .II 137

T

Toro Manuel, 17 octubre 1906. I 143
Toro Luis Arturo, 26 octubre 1906. . . . . I 273
Tudela, 31 mayo 1907. . . . . I 279

U

Ugalde (sucesión), 11 diciembre 1906. . . . . .II 135
Urbistondo, 20 noviembre 1906. . . . . I 161
Urzúa, 13 marzo 1907 . . . . . I 79

V

Valdivieso, 22 septiembre 1906 I 65
Vallebona, 30 diciembre 1906. . I 99
Vargas (sucesión), 16 septiembre 1905. . . . . .II 17
Vásquez, 7 diciembre 1903 . . .II 1
Vega, 8 octubre 1906. . . . . .II 63
Vera viuda de Villagrán, 5 octubre 1906. . . . . .II 85
Vessa, 5 noviembre 1906 . . . .II 97
Vila, 9 noviembre 1906 . . . . . I 37
Villalón viuda de Rivera, 11 marzo 1907 . . . . . I 76
Villarroel, 22 abril 1907. . . . . I 185
Vilugrón (sucesión) 18 mayo 1907. . . . . I 255

W

Wall, 19 julio 1907. . . . . I 328
Walters Hermanos, 17 diciembre 1906. . . . . I 301
Villshaw Hermanos, 17 agosto 1907. . . . . I 405

Z

Zavala, 3 septiembre 1906 . . .II 33

INDICE DE LA PRIMERA PARTE

DERECHO

	Páginas
Accidentes del trabajo, ley. Jurisprudencia civil.—P. González del Alba	89
Aplicación (La) del derecho extranjero según el Código Civil Alemán.—Ludwig Fuld	95
Derecho internacional público. Extraterritorialidad.—Ramón Briones Luco	265
Derecho eventual, de la naturaleza y de los efectos del.—R. Demogue	5, 47 y 65
Disposiciones legales vigentes sobre sociedades anónimas en Bolivia.—Arturo Fernández P.	181 y 193
Examen de algunas cuestiones relativas á la donación contenida en un seguro en caso de muerte á favor de un tercero determinado.—P. Lacoste	271
Historia de la propiedad territorial en Bolivia.—Arturo Fernández P.	103
Informe sobre el proyecto de ley relativo al contrato de trabajo presentado al Congreso de la Federación de los industriales y de los comerciantes franceses.—Camille Perreau	161
Legislación obrera, crónica.— Jules Cabouat	199
Modificaciones (De las) de los contratos por voluntad unilateral.—R. Demogue	221 y 253
Procedimiento criminal. La condena condicional.—P. González del Alba	211
Tercera conferencia internacional americana.—Julio Philippi	33 y 78
Tercera conferencia internacional americana. Materias de derecho tratadas	111 y 134
Voluntad (La) de poseer y la distinción entre la posesión y la detentación en derecho alemán.—Georges Cornil	145

ÍNDICE DE LA TERCERA PARTE

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA (1)

A

Accidente. F. 23
Acción *de in rem verso*. F. 6
Aceptación. F. 23
Actas á título gratuito. F. 25
Aguas. F. 24
Agravio. M. 35
Albacea. U. 26
Amante. F. 10
Amojonamiento. U. 26
Amonestación. M. 33
Animal. F. 13
Apelación. U. 27
Apreciación de los hechos. M. 33
Arbitraje. M. 34
Arrendamiento. F. 3
Arrendamiento. F. 18
Arrendamiento. F. 19
Arrendamiento de trabajo. F. 20
Avisos. F. 3

B

Basuras. F. 19
Bienes hereditarios. M. 34

C

Cartas-poderes. A. 29
Causal nueva. M. 34
Cesión. U. 27
Cesión de derechos. M. 34
Cesionario. M. 34
Cheques. M. 30
Cláusula á la orden. M. 30
Cláusula penal. F. 39
Cohecho. M. 33
Comitente. F. 6
Competencia. M. 34
Compraventa. F. 2
Compraventa. F. 8
Compraventa. F. 14
Compraventa. F. 15
Compraventa. F. 20
Compraventa. M. 31
Condición potestativa. F. 1
Confesión. F. 16
Consentimiento. F. 20
Consignación. F. 39
Consignación. A. 30
Contratos por otro. F. 7
Contrato de trabajo. F. 20
Contrato simulado. M. 31
Contribución. F. 19
Costas. U. 26
Costas. M. 30
Costas. M. 34
Créditos accesorios. F. 2
Cuasi-delito. F. 38

D

Dependiente. F. 11
Depósito. F. 22
Depósito. F. 23
Depósito. M. 30
Derechos hereditarios U. 27
Derechos hereditarios. M. 34
Derechos litigiosos. M. 34
Derecho de propiedad. M. 34
Disolución. F. 18
Divorcio. F. 9
Divorcio. F. 36
Documentos endosables. M. 30

E

Efectos de la nulidad. F. 39
Ejecución de sentencias. A. 27
Emplazamiento. U. 26
Empleado. F. 21
Empleado. F. 37
Enajenación mental. F. 9
Endoso. M. 30
Establecimiento de beneficencia. F. 12
Exención de responsabilidad. A. 29

F

Fallido. A. 28
Firma. F. 38
Fuerza. F. 13
Fuerza mayor. F. 2
Fundadores. A. 27

H

Hecho violatorio. M. 33
Herederos aparentes. F. 25
Hijo. F. 9
Hijo. F. 10
Hijo. U. 26
Hijo. F. 35
Hijo adulterino. F. 36
Hipoteca. F. 5
Homicidio. M. 33
Huelga. F. 2
Huelga. F. 20
Huelga. F. 21

I

Impotencia. F. 9
Impresores. F. 37
Improcedencia del recurso de casación. M. 35
Incendio. F. 3
Incendio. F. 19
Indemnización. F. 4
Indemnización. F. 15
Indemnización. F. 23
Inscripción. F. 5
Inscripción. U. 27
Instrumento público. M. 31
Instrumento privado. M. 31
Intereses. F. 2
Interpretación. F. 16
Interpretación. F. 39
Interrupción. F. 16
Interrupción. F. 18

J

Jactancia. U. 26
Juramento decisorio. F. 7

L

Legado verbal. F. 14
Legatario. F. 25
Legatario universal. 25
Legitimación. F. 36
Letra de cambio. M. 30

(1) A. - Argentina.
F - Francia.
M. - Mégico.
U. - Uruguay.

Ley violada. M. 31
Ley violada. M. 35
Liquidación. F. 22

M

Mandante. F. 4
Mandatario. F. 4
Mandatario. F. 23
Mandato. F. 4
Mandato. F. 23
Matrimonio. F. 9
Matrimonio. F. 36
Matrimonio. F. 35
Medianería. F. 5
Menor. A. 29
Mensura. U. 26
Muerte. F. 3
Muerte. F. 4
Muerte. F 23

N

Notificación. M. 34
Nulidad. F. 13
Nulidad. F. 25
Nulidad. M. 34
Nulidad. F. 39

O

Obligación natural. F. 14
Obrero. F. 21
Oferta. F. 13

P

Padre. F. 10
Padres. U 26
Pago. M. 30
Pago por consignación. A. . . . 30
Pastoreo. U. 26
Patrón. F. 21
Patrón. F. 37
Pensión. F. 15
Perjuicio. F. 14
Persona jurídica. U. 26
Plazo. F. 13
Plazo. U. 26
Poderes. F. 3
Poder. M. 31
Póliza. F. 16
Póliza. F. 39
Posesión. U. 26
Potestad marital. M. 35
Precio. F. 15
Prescripcion. F. 16
Prescripción. F. 17
Prescripción. F. 18
Préstamo. F. 22
Presunciones. M. 31
Procedencia del recurso de casación M 34
Procedencia del recurso de casación. 35
Procedimiento judicial. M. . . 34
Promesa de venta. F. 18
Prueba. F 7
Prueba. M. 30
Prueba. M. 31
Prueba testimonial. F. 38
Prueba testimonial. F. 39

Q

Quiebra. A..... 28
Quiebra. A..... 29

R

Reclamación del vicio. M... 31
Reclamación del vicio. M... 33
Rehabilitación. A..... 28
Renta vitalicia. F..... 3
Requerimiento judicial. F..... ... 2
Resolución. F..... 8
Resolución. F..... 18
Responsabilidad. F..... 1
Responsabilidad. F..... 3
Responsabilidad. F..... 6
Responsabilidad. F..... 10
Responsabilidad. F..... 11
Responsabilidad. F..... 12
Responsabilidad. F..... 13
Responsabilidad. F..... 19
Responsabilidad. F..... 23
Responsabilidad. F..... 37
Responsabilidad. F..... 38
Revocación. F..... 4
Revocación de testamento. F..... 26

S

Senucción. F... 11
Seguro. F. 6
Seguro. F. 7
Seguro. F. 10
Seguro. F. 14
Seguro. F. 16
Seguro. F. 39
Sentencias extranjeras. A. . . . 27
Servidumbre. F. 5
Simulación de contrato. M. . . 31
Sindicato. F. 37
Sociedad. F. 3
Sociedad. F. 18
Sociedad. F. 22
Sociedad. A. 27
Sociedad de hecho. F. 22
Socios fundadores. A. 27
Subrogación. U. 27
Subrogación personal. F. . . . 2
Sustitución. F. 25

T

Testamento. F. 25
Testamento. F. 26
Testigos. M. 31
Testigos. F. 38
Testigos. F. 39
Transacción. F. 23
Tránsito. F. 5
Trasporte. F. 21

V

Verificación de créditos. A. . . 29
Vertiente. F. 24
Vicios no reclamados. M, . . . 31
Vicios no reclamados. M. . . . 33
Violación de ley. M. 31

ÍNDICE DE LAS NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS	PÁGS.
Asociaciones (De las) comerciales en participación y de los sindicatos financieros.—P. DE PELSMAEKER	12
Cajas (Las) de retiro para obreros. J. LEFORT . . .	14
Crísis (De las) generales y periódicas de sobreproducción.—JEAN LESOURE	25 y 29
Derecho (El) general penal. —TEODORO MOMMSEN...	18
Escuelas (Las) económicas en el siglo XX. La escuela individualista, el socialismo del Estado.—A. BÉCHAUX.....	39
Filosofía de las ciencias sociales.—RENÉ WORMS..	18
Humanismo (El) en el Derecho Penal. Análisis psicológico de la reacción penal.—VICENZO LANZA.	19
Idea (De la) de la continuación de la persona como principio de las trasmisiones universales.—PIERRE CAZELLES	15
Insalubridad (La) y la expropiación; una ley necesaria.--EUGÈNE GAUTREZ.	38
Leyes (Las) del seguro obrero en el extranjero. —MAURICE BELLOM . .	3
Principales diferencias entre el Código Napoleón (1804) y el Código Guillermo II (1900), siguiendo el órden del Código Napoleón.—G. V. SCHERER	35
Principios (Los) de derecho administrativo en los Estados Unidos.—FRANK J, GOODNOW.	34
Responsabilidad de los fundadores y administradores de sociedades anónimas.—HENRY MOURET.	37
Seguro (El) contra la enfermedad en Alemania. —PAUL ISTEL.	13
Sociología Criminal.—ENRICO FERRI.	7
Tratado de Derecho Comercial.—C. COSACK . . .	12

Stanford Law Library
3 6105 06 086 005 8